V.
8. F. 21.

Tg 49
72.
KÖNIGLICHE STUDIEN-BIBLIOTHEK · PASSAU

GESCHICHTE UND PANDEKTEN

DES

RÖMISCHEN UND HEUTIGEN GEMEINEN PRIVATRECHTS.

PASSAU

GESCHICHTE

UND

PANDEKTEN

DES RÖMISCHEN UND HEUTIGEN GEMEINEN PRIVATRECHTS.

ZUM ACADEMISCHEN GEBRAUCH,

VON

DR. FRIEDRICH H. VERING,

ORD. ŒFFENTL. PROFESSOR DER RECHTE AN DER K. K. FRANZ-JOSEFS-UNIVERSITÆT ZU CZERNOWITZ.

VIERTE, GRÖSSTENTHEILS UMGEARBEITETE UND SEHR VERMEHRTE AUFLAGE.

MAINZ,

VERLAG VON FRANZ KIRCHHEIM.

1875.

Mainz, Druck von Florian Kupferberg.

Vorrede zur ersten Auflage.

Mein vorliegendes Buch ist aus den Vorträgen hervorgegangen, die ich seit einer Reihe von Jahren über denselben Gegenstand gehalten habe. Ich suche damit dem Mangel einer eingehenden, besonders zum akademischen Gebrauche dienlichen inneren Geschichte des römischen Privatrechts abzuhelfen, und will zugleich ein Lehrbuch des römischen Privatrechtes bieten, welches sich durch Einfachheit und Fasslichkeit der Darstellung als Einleitungswerk für Anfänger, und durch Vollständigkeit seines Inhalts auch zur Repetition und zum Nachschlagen brauchbar erweist.

Heidelberg, den 2. Februar 1865.

Vorrede zur zweiten Auflage.

Ich habe im Wesentlichen den ursprünglichen Plan des Buches festgehalten. Jedoch ist diese neue Auflage im Einzelnen ganz neu durchgearbeitet, und vielfach in ihrer Fassung und Darstellung verbessert; auch habe ich mehrfachen Wünschen entsprechend die äussere Rechtsgeschichte etwas erweitert, die innere Rechtsgeschichte vervollständigt, und eine Anzahl dogmatisch wichtiger Lehren theils ausführlicher behandelt, theils neu aufgenommen. Im Ganzen ist das Werk um sieben Druckbogen vermehrt worden.

Heidelberg, den 29. September 1867.

Aus der Vorrede zur dritten Auflage.

Diese dritte Auflage ist nach Form und Inhalt wesentlich verbessert, und zwar fast jeder Paragraph des Buches. Viele Verbesserungen verdanke ich dem aufmerksamen Fleisse zahlreicher junger Freunde, welche ich privatissime über den Inhalt des Werkes examinirte.

Viele kleinere und einige grössere Zusätze haben den Umfang des Buches nochmals um mehr als vier Bogen vermehrt.

Vervollständigt im Inhalte ist vorzüglich die äussere Rechtsgeschichte, der Besitz, der Prozess, das Obligationen- und das Erbrecht. Auch habe ich den Wortlaut einer grösseren Anzahl ausgewählter Quellenbelege mit aufgenommen, deren kürzere Stücke die Studirenden soviel als möglich ihrem Gedächtniss einprägen mögen. Endlich habe ich, um die Entwickelung des Rechtes bis zur Gegenwart vollends durchzuführen, in längeren und kürzeren Noten diejenigen germanischen Rechtsinstitute mit berücksichtigt, welche durch das canon. Recht gemeinrechtlich oder durch die bedeutenderen neuern Particulargesetze neben oder entgegen dem römischen Rechte zur Geltung gelangt sind.

Eine theils nach der ersten, theils nach der zweiten Auflage des Buches bearbeitete griechische Uebersetzung erschien 1868 zu Athen von einem fleissigen früheren Schüler des Verf., dem Advocaten Dr. Georg Marinaky, und eine Bearbeitung in ungarischer Sprache lieferte Prof. Kovacs zu Debreczin. Letzterer erwähnt jedoch unter der Literatur zwar wohl andere deutsche Institutionen-Lehrbücher, nicht aber das meinige, obschon er dasselbe mit einigen unbedeutenden Umstellungen und Zusätzen wörtlich übersetzt und sogar die Druckfehler getreu wiedergegeben hat. (Eine beabsichtigt gewesene französische und italienische Uebersetzung der 3. Auflage gelangte nicht zur Ausführung.)

Heidelberg, den 27. April 1870.

Vorrede zur vierten Auflage.

Die vorliegende vierte Auflage ist eine grösstentheils umgearbeitete und um eilf Bogen vermehrte, so dass das Werk nun fast doppelt so viele Seiten zählt, als die erste Auflage. Der besseren Uebersichtlichkeit wegen sind die Quellenbelege und Literaturangaben jetzt aus dem Texte herausgenommen und in Noten an den Fuss der Seiten gesetzt. Durchweg aber suchte der Verfasser das Werk dem neuesten Stande der Wissenschaft entsprechend nach Möglichkeit zu verbessern und zu ergänzen.

Die äussere und innere Geschichte des römischen Privatrechts, einschliesslich des Civilprozesses und Actionenrechtes wurde jetzt vielfach erweitert und vervollständigt; aber auch die dogmatische Darstellung des römischen Rechtes wurde bedeutend vermehrt und verbessert, und zwar geschah dieses mehr oder weniger in allen Theilen des Buches. Insbesondere ist die Lehre vom Besitz und das Obligationenrecht grösstentheils neu und viel ausführlicher bearbeitet; jedoch auch in den übrigen Theilen des Buches sowohl im allgemeinen als im besonderen Theile sind viele Paragraphen wesentlich umgestaltet worden. Dem erweiterten Umfange des Buches entsprechend hat der Verfasser dasselbe jetzt nicht mehr Institutionen, sondern Pandekten genannt, jedoch mit dem Zusatze: zum academischen Gebrauche, um durch diesen Zusatz anzudeuten, dass das Buch im Unterschiede von den öfters noch mehr in's Einzelne gehenden Pandektenlehrbüchern von Arndts und Windscheid und Anderen zunächst mehr den Bedürfnissen der Studirenden, als zugleich auch denjenigen der Praktiker dienen soll, wenngleich auch letztere bei der Reichhaltigkeit des nunmehrigen Inhaltes selten durch dasselbe ohne Orientirung bleiben werden. Es wurden jetzt viele ausgewählte Quellenstellen theils interpretirt, theils wenigstens die dafür nöthigen Verweisungen gegeben. Ebenso wurde eine grössere Zahl wichtiger Controversen gedrängt abgehandelt und viel mehr Literatur verzeichnet als früher. Jedoch beschränkte sich der Verfasser bei den Literaturangaben in der Regel auf die Angabe der hauptsächlichsten und der neuesten Literatur.

Es wurden jetzt auch diejenigen wichtigeren Lehren des deutschen Privatrechts, welche nicht schon früher mit aufgenommen

waren, in gedrängter Darstellung an passender Stelle eingefügt, wie z. B. jetzt auch die Reallasten, Zwangs- und Bannrechte, das Näherrecht, die Regalien, das deutsche Reichscivilehegesetz, das deutsche eheliche Güterrecht, die historische Entwickelung des deutschen Erbrechts etc., und es wurde dabei auch auf die Entwickelung in den bedeutenderen neueren Particulargesetzbüchern hingewiesen.

Das Bestreben des Verfassers ging mit einem Worte dahin, das gesammte jetzt geltende bürgerliche Recht, wie es sich auf der Grundlage des römischen, canonischen und deutschen Rechtes entwickelt hat, in Einen Rahmen zusammenzufassen und damit auch die gesammte Rechtsgestaltung und Grundlage darzulegen, aus welcher jezt ein neues deutsches Civilgesetzbuch geformt werden soll. Durch langjährige Erfahrungen, die der Verfasser durch unmittelbarsten Verkehr mit den Studirenden in Examinatorien und Privatissima machte, und so durch nähere Kenntnissnahme der Bedürfnisse der Studirenden wurde er überzeugt, wie sehr das Studium und die richtige Auffassung des inneren Zusammenhangs der heutigen Rechtsentwickelung gerade durch eine solche Nebeneinanderstellung und vergleichende Darstellung gefördert wird.

Zu grossem Danke ist der Verfasser dem Herrn Dr. jur. Richard Sarrazin zu Berlin verpflichtet, welcher seine reichhaltigen Notizen zur dritten Auflage, die er seit mehreren Jahren gemacht hatte, zur Verfügung stellte, wodurch die Durchsicht, Verbesserung und Ergänzung des Werkes vielfach erleichtert wurde. Derselbe hatte auch die Freundlichkeit, das jetzige sehr ausführliche und eingehende Sachregister sowie das jetzt zum ersten Male beigefügte Verzeichniss der wichtigeren Rechtsparömien und quellenmässigen Stichsätze zu bearbeiten, wodurch den Studirenden eine vortreffliche, aus den Quellen selbst gearbeitete und bisher noch nicht vorhandene Handhabe geboten wird, das Gelernte im Geiste und in der Sprache der Quellen zu repetiren. Für diese freundliche Beihilfe spricht der Verfasser hiermit jenem jungen Gelehrten den pflichtschuldigen Dank aus.

Da der Druck des Werkes erst begonnen wurde, als die dritte Auflage bereits völlig vergriffen war, so sind bei der Eile, mit welcher die endgültige Redaction und der Druck des Ganzen besorgt werden mussten, einige kleine Uebersehen und mehr Druckfehler, als dem Verfasser lieb war, untergelaufen. Soweit dieselben bis jetzt entdeckt wurden, sind sie am Schlusse des Buches verzeichnet worden.

Heidelberg im Juli 1875.

Der Verfasser.

Inhalt.

		Seite
	Einleitung.	
§. 1.	Die Bedeutung des röm. Rechts	1
§. 2.	Unsere Aufgabe und Methode	1
§. 3.	Quellen der Kenntniss des römischen Rechts	4
	Erstes Buch: Allgemeine Lehren	13
	Kap. I. Von dem Rechte und den Rechtsregeln im Allgemeinen.	13
§. 4.	Das Recht im objectiven und subjectiven Sinne	13
§. 5.	Das Verhältniss von Recht und Moral	13
§. 6.	Positives Recht und Naturrecht oder Rechtsphilosophie	14
§. 7.	Das römische ius civile, gentium und naturale	14
§. 8.	Oeffentliches und Privatrecht, bürgerliches und Kirchenrecht	16
§. 9.	Ius prohibitivum und dispositivum	16
§. 10.	Ius generale und speciale, commune und singulare, universale und particulare	17
§. 11.	Lex perfecta, minus quam perfecta und imperfecta	18
§. 12.	Ius scriptum oder Gesetzesrecht und ius non scriptum oder Gewohnheitsrecht	19
§. 13.	Die römischen Formen des ius scriptum	19
§. 14.	Die leges populi und plebiscita insbesondere	19
§. 15.	Die Senatus consulta	24
§. 16.	Die Constitutiones principum	25
§. 17.	Die edicta magistratuum	27
§. 18.	Die Responsa prudentium und das Ansehen der röm. Juristen	30
§. 19.	Das heutige Gesetzesrecht	32
§. 20.	Das Gewohnheitsrecht	33
§. 21.	Der Gerichtsgebrauch	36
§. 22.	Die Anwendung der Gesetze in Ansehung der Personen	37
§. 23.	„ „ „ „ „ örtlicher Beziehung	38
§. 24.	„ „ „ „ „ Ansehung der Zeit	40
§. 25.	Die Auslegung der Gesetze	41
§. 26.	Die Aufhebung der Gesetze	44
	Kap. II. Die Bearbeitungen und Sammlungen des röm. Rechts	45
§. 27.	Die röm. Juristen in ihrer historischen Aufeinanderfolge	45
§. 28.	Die Sammlungen des röm. Rechts vor Justinian	57
§. 29.	Die Justinianischen Rechtssammlungen	62

Seite

§. 30. Das nachjustinianische griechische Recht 67
§. 31. Die Geltung und wissenschaftliche Behandlung des röm. Rechts im Mittelalter und die Glossatorenschule zu Bologna . . . 68
§. 32. Die Art der Reception des röm. Rechts und die heutige Beschaffenheit des corpus iuris civilis 70
§. 33. Von der wissenschaftlichen Behandlung des röm. Rechts seit den Glossatoren bis auf unsere Zeit 73

Kap. III. Die Natur der Rechte im subjectiven Sinne . . 80
§. 34. Von der Ausübung der Rechte 80
§. 35. Die Eintheilung der Rechte im subjectiven Sinne . . . 80
§. 36. Von den Privilegien 81
§. 37. Von den Rechtswohlthaten 83

Kap. IV. Von den Voraussetzungen der Rechte im subjectiven Sinne oder von der Persönlichkeit 84
§. 38. I. Begriff und Arten der Personen 84
II. Von den physischen Personen 84
§. 39. Die Entstehung der physischen Persönlichkeit 84
§. 40. Der Einfluss des Todes auf die physische Persönlichkeit . . 86
§. 41. Von der Todeserklärung insbesondere 87
§. 42. Die Grundlagen der Rechtsfähigkeit bei den Römern (familia und capitis diminutio) 88
§. 43. Von der Sclaverei oder dem Mangel der Persönlichkeit insbesondere 93
§. 44. Von der Entstehung der Sclaverei 96
§. 45. Die Beendigung der Sclaverei 99
§. 46. Von der Freilassung insbesondere 101
§. 47. Von den Formen der Freilassung 105
§. 48. Das Patronatsverhältniss und die Stellung der libertini . . 109
§. 49. Besondere Arten von Sclaverei und sclavenähnlichen Zuständen 113
§. 50. Das ius Italicum 123
§. 51. Die römische Civität 123
§. 52. Von der bürgerlichen Ehre 125
§. 53. Der Einfluss der Standesverhältnisse auf die Privatrechtsfähigkeit 130
§. 54. Die Religion 130
§. 55. Das Geschlecht 131
§. 56. Von den Altersstufen 132
§. 57. Von der Gesundheit 134
§. 58. Herkunft und Wohnort 134
§. 59. Eheliche und uneheliche Geburt 135
§. 60. Die Verwandtschaft 135
§. 61. Die Schwägerschaft (affinitas) 137
§. 62. III. Von den juristischen oder moralischen Personen . . 137

Kap. V. Begriff und Arten der Sachen 143
§. 63. Res corporales und incorporales 143
§. 64. Res in patrimonio und extra patrimonium, in commercio und extra commercium 143

		Seite
§. 65.	Res sacrae, religiosae und sanctae	144
§. 66.	Res publicae	144
§. 67.	Res communes omnium	145
§. 68.	Res mancipi und nec mancipi	145
§. 69.	Res mobiles und immobiles	146
§. 70.	Res fungibiles und non fungibiles	147
§. 71.	Res consumtibiles und non consumtibiles	148
§. 72.	Die Theilbarkeit der Sachen	148
§. 73.	Einfache und zusammengesetzte Sachen und Sachgesammtheiten	149
§. 74.	Hauptsachen und Nebensachen (Pertinenzien, Impensen, Früchte und Zinsen, Accessionen im engeren Sinne)	150
	Kap. VI. Von dem Erwerbe und Verluste der Rechte	157
	I. Von dem Erwerbe der Rechte im Allgemeinen	157
§. 75.	Die Voraussetzungen für den Erwerb eines Rechtes	157
§. 76.	Von den verschiedenen Arten eines Rechtserwerbs	157
	II. Von dem Erwerbe der Rechte durch Rechtsgeschäfte	159
§. 77.	1) Begriff und Arten der Handlungen und Rechtsgeschäfte	159
§. 78.	2) Die Bestandtheile der Rechtsgeschäfte	161
§. 79.	3) Von der Handlungsfähigkeit	162
§. 80.	4) Von dem Einflusse des Zwanges, Irrthums und Betrugs	162
§. 81.	5) Von der Willenserklärung	167
§. 82.	6) Von der Einwilligung in fremde Handlungen	168
§. 83.	7) Die Ratihabition	168
§. 84.	8) Von der Stellvertretung	170
§. 85.	9) Vom Arbitrium eines Dritten	173
§. 86.	10) Von den Bedingungen	173
§. 87.	11) Von dem dies oder der Fristbestimmung	177
§. 88.	12) Modus oder Auflage	178
§. 89.	13) Von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte	180
§. 90.	14) Die Convalescenz und die Conversion der Rechtsgeschäfte	181
§. 91.	15) Die Auslegung der Rechtsgeschäfte	181
§. 92.	16) Vom Erwerbe eines Rechts durch Veräusserung insbesondere	182
§. 93.	17) Von der Schenkung insbesondere	183
§. 94.	III. Von den unerlaubten Handlungen und von der culpa	188
§. 95.	IV. Von der Erlöschung der Rechte	192
§. 96.	V. Vom Concurs und der Collision der Rechte	194
	Kap. VII. Von dem Einflusse der Zeit	195
§. 97.	Von den verschiedenen Zeitabschnitten	195
§. 98.	Von dem tempus continuum und utile	197
§. 99.	Von der Berechnung der Zeit (computatio civilis und naturalis)	197
§. 100.	Von der Verjährung als Grund des Erwerbes oder Verlustes von Rechten	198
	Kap. VIII. Die Sicherung und Vertheidigung der Rechte	201
§. 101.	Von der Protestation und Reservation	201
§. 102.	Von den Cautionen	201
§. 103.	Von der Selbsthülfe	203

		Seite
	Die römische Gerichtsverfassung	206
§. 104.	Von dem Imperium und der iurisdictio der röm. Magistrate	206
§. 105.	Die einzelnen Recht sprechenden Magistrate und die ihnen zur Seite stehenden Richter	207
§. 106.	Von den decemviri und centumviri insbesondere	209
§. 107.	Iudices, arbitri und recuperatores	210
§. 108.	Von der Aufhebung der iudicis datio unter Diocletian und von den iudices pedanei	212
§. 109.	Die Gerichtsverfassung seit Constantin	213
§. 110.	Von dem Gerichtsstande	214
§. 111.	Von den Parteien	216
§. 112.	Die Stellvertretung der Parteien	217
§. 113.	Die Advocaten	219
	Die Rechtsmittel nach römischem und heutigem Rechte	219
§. 114.	Begriff und Arten der actio	219
§. 115.	Von der Anstellung der Klagen	235
§. 116.	Die Erlöschung der Klagen	236
§. 117.	Von der Concurrenz und Collision der Klagen	237
§. 118.	Von der Klagen- und Prozessverjährung	238
	Von dem Prozessverfahren	241
§. 119.	Die legis actiones	241
§. 120.	Das Verfahren per formulas	243
§. 121.	Von den Exceptionen insbesondere	247
§. 122.	Das ältere prozessualische Verfahren im Einzelnen	253
§. 123.	Das Prozessverfahren im neueren Rechte	258
§. 124.	Von der litis contestatio insbesondere	261
§. 125.	Von dem Beweise im Allgemeinen	264
§. 126.	Das Gesetz als Beweismittel oder die Praesumtionen	264
§. 127.	Sachen als Beweismittel	265
§. 128.	Die Personen als Beweismittel	266
§. 129.	Der Eid	268
§. 130.	Von den Wirkungen des Urtheils	272
§. 131.	Von den Strafen grundlosen Prozessirens	275
§. 132.	Von den Rechtsmitteln im Allgemeinen	276
§. 133.	Die Appellation insbesondere	278
§. 134.	Die in integrum restitutio	280
§. 135.	Die Execution	283
	Kap. IX. Der Besitz	287
§. 136.	Begriff und Arten des Besitzes	287
§. 137.	Von dem Erwerbe des Besitzes	294
§. 138.	Von dem Verlust des Besitzes	297
	Zweites Buch: Die dinglichen Rechte	300
	Kap. I. Von dem Eigenthum	300
§. 139.	Begriff und römische Formen des Eigenthums	300
§. 140.	Die Beschränkungen des Eigenthums	304
§. 141.	Von den Erwerbsarten des Eigenthums im Allgemeinen	313

		Seite
	Von einigen Eigenthumserwerbsarten insbesondere	316
§. 142.	Von der Occupation	316
§. 143.	Von Specificatio, Verarbeitung, Neugestaltung	318
§. 144.	Die traditio	319
§. 145.	Von der Cultur der Ländereien	321
§. 146.	Von der Ersitzung	821
§. 147.	Der Fruchterwerb	333
§. 148.	Von der accessio	334
§. 149.	Die confusio und commixtio	336
§. 150.	Die Rechtsmittel des Eigenthümers	337
§. 151.	Der Verlust des Eigenthums	348
	Kap. II. Die Dienstbarkeiten (servitutes)	349
§. 152.	Begriff und allgemeine Grundsätze	349
§. 153.	Von den Realservituten	350
§. 154.	Von den Personalservituten	354
§. 155.	Von der Begründung der Servituten	358
§. 156.	Die Rechtsmittel zum Schutze der Servituten	362
§. 157.	Die Beendigung der Servituten	364
	Kap. III. Die Emphyteusis und die Superficies	368
	I. Die Emphyteusis	368
§. 158.	Geschichtliche Entwickelung derselben	368
§. 159.	Das geltende Recht der Emphyteuse	369
§. 160.	II. Die Superficies oder das Bodenzinsrecht	372
	Kap. IV. Von einigen deutschrechtlichen Sachenrechten	374
§. 161.	Reallasten, Zwangs- und Bannrechte, Näherrecht, Regalien	374
	Kap. V. Das Pfandrecht	384
§. 162.	Begriff und rechtliche Natur desselben	384
§. 163.	Die älteste Form des Pfandrechtes	386
§. 164.	Historische Entwickelung des pignus und der hypotheca	387
§. 165.	Das Pfandrecht an Forderungen und das Afterpfand	389
§. 166.	Von dem Pfandrecht an universitates rerum und an einem ganzen Vermögen	390
§. 167.	Von der Begründung des Pfandrechtes im Allgemeinen	392
§. 168.	Von dem vertragsmässigen Pfandrecht insbesondere	392
§. 169.	Von dem testamentarischen Pfandrecht	394
§. 170.	Die gesetzlichen Pfandrechte	395
§. 171.	Von dem richterlichen Pfandrechte	397
§. 172.	Die hypothekarische Succession	398
§. 173.	Von den Rechten des Pfandgläubigers	899
§. 174.	Von dem Verhältniss mehrerer Pfandgläubiger	402
§. 175.	Von den Pfandklagen insbesondere	404
§. 176.	Die Rechte des Verpfänders	406
§. 177.	Die Beendigung des Pfandrechts	407
	Drittes Buch: Das Obligationenrecht	409
§. 178.	Begriff und Arten der obligatio	409
§. 179.	Von der facultas alternativa und der obligatio alternativa insbes.	412

Seite

§. 180. Von der Mehrheit der Subjecte bei Obligationen und den mehreren Obligationen zwischen demselben Gläubiger u. Schuldner . 414
§. 181. Von der Cession 424
§. 182. Von der Intercession 429
§. 183. Die Wirkungen der Obligation 439
§. 184. Von der Tragung des Schadens insbesondere 443
§. 185. Von der mora 447
§. 186. Von der Collision der Forderungen 448
§. 187. Uebersicht der Entstehungsgründe der Obligationen . . 450
§. 188. Von den contractus und pacta und den heutigen Verträgen . 450
§. 189. Die formalen und die materiellen und die Anerkennungsverträge 453
§. 190. Von dem Vertrage unter Abwesenden 456
§. 191. Von der Verbindlichkeit aus zweiseitigen Verträgen . . 463
§. 192. Von dem Inhalte der Verträge 464
§. 193. Die Bestärkungsmittel der Verträge 466
§. 194. Die mögliche Wirksamkeit eines Vertrages für dritte Personen 467
Die einzelnen Arten der römischen Contracte 477
§. 195. I. Der römische Verbal-Contract 477
§. 196. II. Der römische Literalcontract (contractus nominum) und der heutige Schuldschein 479
III. Die Realcontracte 481
§. 197. 1) Die mutui (s. mutuo) datio (Darlehen) 481
§. 198. 1a) Von den übrigen condictiones datorum oder quasi mutua . 484
§. 199. 2) Commodatum (Leihvertrag) 487
§. 200. 3) Depositum (Hinterlegungsvertrag) 488
§. 201. 4) Pignus (Faustpfandvertrag) 489
§. 202. IV. Die unbenannten Contracte 489
V. Die römischen Consensual-Contracte im Einzelnen . . . 491
§. 203. 1) Emtio-venditio (Kaufvertrag) 491
§. 204. 2) Locatio-conductio (Miethvertrag) 497
§. 205. 3) Societas (Gesellschaftsvertrag) 502
§. 206. 4) Mandatum (Bevollmächtigungsvertrag) 504
§. 207. Von den Quasicontracten 506
§. 208. Die Obligationen aus Delicten im Allgemeinen 509
§. 209. Von dem furtum 510
§. 210. Vi bona rapta 513
§. 211. Damnum iniuria datum 514
§. 212. Iniuria 515
§. 213. Die übrigen römischen Privatdelicte im Einzelnen . . . 517
§. 214. Die operis novi nunciatio und prohibitio insbesondere . . 525
§. 215. Von den Quasi-Delicten 528
§. 216. Die Obligationes ex lege 529
§. 217. Die einseitigen Verheissungen 530
§. 218. Die Pacta 531
§. 219. Die Erlöschung der Obligationen 537

Viertes Buch: Das Familienrecht 551
Kap. I. Das Eherecht 551
§. 220. Begriff und Wesen der Ehe 551

Seite

§. 221. Die Ehehindernisse 556
§. 222. Von dem Verlöbniss 561
§. 223. Die Eingehung der Ehe 563
§. 224. Von der manus 566
§. 225. Die Wirkungen der Ehe 570
§. 226. Von der dos insbesondere 575
§. 227. Die römische propter nuptias donatio und die Versorgung der Wittwe nach deutschem Rechte 589
§. 228. Die bona recepticia sive parapherna 592
§. 229. Die Auflösung der Ehe 592
§. 230. Vom Verhältniss der Ehegatten in Betreff der Kinder bei der Auflösung der Ehe 596
§. 231. Die Strafen des verletzten Trauerjahres 596
§. 232. Die poenae secundarum nuptiarum 598

Kap. II. Die patria potestas 601
§. 233. Begriff und Wirkungen der patria potestas 601
§. 234. Von den Peculien insbesondere 606
§. 235. Die Entstehung der väterlichen Gewalt 609
§. 236. Von der Adoption insbesondere 610
§. 237. Die Legitimation insbesondere 616
§. 238. Die Beendigung der väterlichen Gewalt 617

Kap. III. Die Vormundschaft (tutela und cura) 620
§. 239. Begriff und historische Uebersicht 620
§. 240. Die Delationsgründe der tutela 621
§. 241. Die vormundschaftliche Thätigkeit im Einzelnen 628
§. 242. Die Beendigung der tutela 633
§. 243. Die Klagen aus der tutela 635
§. 244. Die tutela mulierum insbesondere 638
§. 245. Von der cura oder curatio 641

Fünftes Buch: Das Erbrecht 645
§. 246. Historische Uebersicht 645
§. 247. Begriff und Wesen der hereditas 648
§. 248. Die Delationsgründe der hereditas 654
§. 249. Von der bonorum possessio u. ihrem Verhältniss zur hereditas 656
§. 250. Allgemeine Voraussetzungen für die Erbfolge 662
Von der gesetzlichen oder Intestaterbfolge 663
§. 251. Nach altem Civilrecht 663
§. 252. Die Intestaterbfolge nach prätorischem Rechte 665
§. 253. Veränderungen im civilen Intestaterbrecht vor Justinian . . 668
§. 254. Die Intestaterbfolge nach dem neuesten justinianischen Rechte 669
Vom testamentarischen Erbrecht 673
§. 255. Geschichtliche Entwickelung der Testamente 673
§. 256. Die Testamentsformen des heutigen Rechtes 677
§. 257. Von der testamenti factio 680
§. 258. Von der Incapacität und Indignität 685
§. 259. Von dem Inhalte des Testamentes 688

Seite

§. 260. Von den Substitutionen insbesondere 692
Von dem Notherbenrechte 696
§. 261. Das älteste, formelle Notherbenrecht 696
§. 262. Das Pflichttheilsrecht des Patrons und des parens manumissor 700
§. 263. Das materielle Notherben- oder Pflichttheilsrecht . . . 700
§. 264. Das Notherbenrecht der Novelle 115 705
§. 265. Der Wegfall des Testamentes und die Anerkennung der Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testamentes 709
§. 266. Die Eröffnung und Vollstreckung der Testamente . . . 713
§. 267. Der Erwerb der Erbschaft 715
§. 268. Die Wirkungen des Erbschaftserwerbes 719
§. 269. Die Rechtsmittel des Erben 726
§. 270. Die Veräusserung der Erbschaft 730
§. 271. Fälle eines einstweiligen Nachlasserwerbes 730
§. 272. Der Verlust einer deferirten Erbschaft 732
§. 273. Der Verlust der bereits erworbenen Erbschaft 735
§. 274. Von den bona vacantia 736
Von den Vermächtnissen 737
§. 275. Begriff und Arten der Vermächnisse 737
§. 276. Von dem legatum insbesondere 737
§. 277. Von den fideicommissa und codicilli 740
§. 278. Die Vereinigung der legata und fideicommissa unter Justinian 743
§. 279. Die Voraussetzungen und die Errichtung der Vermächtnisse . 744
§. 280. Von dem Erwerbe der Vermächtnisse 746
§. 281. Gesetzliche Beschränkungen der Vermächtnisse . . . 749
§. 282. Der Wegfall der Vermächtnisse 752
§. 283. Von dem Gegenstande der Vermächtnisse im Einzelnen . . 752
§. 284. Die Substitution bei Vermächtnissen u. das Familienfideicommiss 756
§. 285. Von den Universalvermächtnissen 758
§. 286. Von der mortis causa donatio 762
§. 287. Von der mortis causa capio 764
Sachregister 766
Sammlung von quellenmässigen Definitionen, Rechtsparömien und sonstigen Stichsätzen 801
Zusätze und Berichtigungen 811

Einleitung.

§. 1. Die Bedeutung des römischen Rechts.

Wie der römische Staat von einem kleinen Stadtgebiete aus sich allmählich zu einem die ganze alte Welt umfassenden Universalstaate ausdehnte, so entwickelte sich gleichmässig das römische Recht von einem ursprünglich streng-national-eigenthümlichen Rechte zu einem Universalrechte. Dieses römische Recht, wie es in den Rechtssammlungen Justinian's vorliegt, bildet die Grundlage des heute geltenden Rechtes. Es gilt, mit den Abänderungen freilich, die durch das kanonische Recht, deutsche Reichsgesetze und Gewohnheitsrecht daran gemacht sind, noch jetzt als gemeines Recht in Deutschland und bildet mehr oder weniger die materielle Grundlage der in Preussen, Oesterreich, Baden, Sachsen und anderwärts geltenden Particulargesetzbücher, sowie auch unzweifelhaft des in Aussicht stehenden bürgerlichen Gesetzbuches des deutschen Reichs [1]).

Bei den Römern concentrirte sich die geistige Kraft des ganzen Volkes in ihrem Rechte, so dass sich dasselbe in seiner ganzen Entwickelung als ein Muster innerer Consequenz darstellt. Ausserdem haben sich seit länger als sieben und einem halben Jahrhundert, seitdem durch die Glossatorenschule zu Bologna das Studium des römischen Rechts neu angeregt wurde, die besten juristischen Köpfe vorzugsweise mit dem römischen Rechte beschäftigt und auf den scharfsinnigen Constructionen und praktischen Rechtscombinationen fortgebaut, in denen die römischen Juristen noch immer unübertroffene Vorbilder sind. Sollte daher das römische Recht auch überall aus dem unmittelbaren praktischen Rechtsleben heraustreten, so würde es doch die Basis für das Rechtsstudium bleiben müssen.

§. 2. Unsere Aufgabe und Methode.

I. Justinian's Institutionen waren ein Gesetzbuch, und zugleich ein Lehrbuch zur Einleitung in das Rechtsstudium, um den Anfänger nicht sogleich durch die ungeheure Masse des gesammten

§. 1. 1) Behrend, Die neueren Privatrechtscodificationen in v. Holtzendorffs Encycl. der Rechtswiss. 2. Aufl. S. 290 ff.

Stoffes und die Menge von Einzelheiten abzuschrecken[1]). Die Institutionenvorlesungen sollen ebenfalls in das Studium des römischen Rechtes einführen, und haben desshalb die Begriffe und hauptsächlichsten Bestimmungen der einzelnen Lehren darzustellen.

II. Justinian's Pandekten sind eine Sammlung von Auszügen aus allen damals vorhandenen juristischen Schriften (s. u. §. 27.). Die Pandektenvorlesungen sind eine in's Einzelne gehende Darstellung des heutigen gemeinen Privatrechtes, d. h. des römisch-justinianeischen Privatrechtes mit den Abänderungen, die daran durch das canonische Recht, deutsche Reichsgesetze und gemeine deutsche Gewohnheiten und die sog. gemeine Praxis gemacht sind. (S. u. §. 32. Nr. IX.)

III. Die Institutionen- und Pandekten-Lehrbücher befolgten ursprünglich sämmtlich die von Justinian befolgte, d. h. die sog. legale Ordnung (vgl. u. §. 29. Nr. III.); jetzt sind sie meistens nach einem in anderer Weise geordneten System verfasst (vgl. u. §. 33.).

IV. Wir verbinden mit der Detaildarstellung des römischen Privatrechts sogleich die historische Entwickelung des römischen Rechtes bis auf Justinian. Wir unterscheiden dabei die äussere und die innere Rechtsgeschichte, eine Unterscheidung, welche, wenn auch in etwas abweichendem Sinne, zuerst von Leibnitz[2]) aufgestellt wurde. Die äussere Rechtsgeschichte umfasst die Geschichte der Rechtsquellen und deren Bearbeitung und die Andeutung der Verfassungsverhältnisse und politischen Ereignisse, welche auf die Rechtsbildung von besonderem Einflusse waren. Die innere Rechtsgeschichte hat die Entstehung, Fortbildung, das Verschwinden und Fortbestehen der einzelnen Rechtsinstitute zum Gegenstande. Die innere Rechtsgeschichte stellen wir nach allen Seiten eingehend dar. Wir betrachten alle Rechtsinstitute von ihrem Ursprunge an, soweit dieses bei dem Stande der Quellen möglich ist, in ihrer ganzen weiteren Entwickelung und Ausbildung, und soweit dieselben nicht schon früher untergegangen sind, bis zu ihrer Gestaltung im Justinianischen und heutigen gemeinen Rechte. Von der äusseren Rechtsgeschichte geben wir eine gedrängte Geschichte der Rechtsquellen, und schildern wir ausserdem jedesmal am einschlägigen Orte die Vorgänge und Verhältnisse aus dem öffentlichen Rechte der Römer, welche von be-

§. 2. 1) Vgl. §. 2. *Inst. de iustitia et iure.* I. 1.

2) Nova methodus discendae docendaeque iurisprud. Lips. et Halae 1748. II. §. 29.: „Iurisprudentia historica est vel *interna* vel *externa:* illa ipsam iurisprudentiae substantiam ingreditur, haec adminiculum tantum est et requisitum.“ §. 30.: „Historia *externa* ad iurisprudentiam necessaria est.“

sonderem Einfluss auf die Bildung und Entwickelung des römischen Privatrechts waren, oder deren Angabe und Erläuterung zum Verständniss dieser oder jener Bestimmungen oder Grundsätze des Privatrechts nöthig ist.

V. Man wendet in der Rechtsgeschichte entweder die synchronistische oder die chronologische Methode an. Bei der ersteren stellt man gewisse Perioden für die gesammte Rechtsentwickelung auf, und schildert man dann für jede Periode besonders, wie sich darin die einzelnen Rechtsinstitute gestalteten. Bei der chronologischen Methode stellt man die einzelnen Rechtsinstitute nach einem Systeme geordnet so dar, dass man ein jedes in seiner Entwickelung von Anfang an bis zum neuesten Rechte darlegt.

Bei der synchronistischen Methode unterschieden Gibbon[3]) und Hugo[4]) folgende 4 Perioden:

1. Die Kindheit des Rechtes bis zu dem 12 Tafeln-Gesetze, 2. das Jünglingsalter bis gegen Ende der Republik, 3. das Mannesalter (klassische Jurisprudenz) bis Alexander Sever, 4. die Zeit der Altersschwäche von da bis auf Justinian[5]).

Bei der synchronistischen Methode lässt sich durch die Gleichzeitigkeit der Rechtsdarstellung der Geist des Rechtes in einer einzelnen Zeit besser ausprägen. Aber bei der Dürftigkeit und Unsicherheit der älteren Quellen[6]) wird die Wahrheit der Geschichte

3) History of the decline and fall of the Roman empire, vgl. besonders cap. 44, welches Hugo als „historische Uebersicht des röm. Rechts" 1789 besonders übersetzte.

4) Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts, zuerst 1790, 11. Aufl. 1832.

5) Von einem anderen Standpunkte aus erklärte sich für Annahme dieser Perioden G. F. Puchta, Civilistische Abhandlg. Leipz. 1823. S. 178 ff. Keller (in seinem unvollendeten Grundriss zu Vorlesungen über römische Rechtsgeschichte) und Smolders (Manuel d'hist. du droit romain, Louvain 1830) unterschieden drei Perioden: 1. die Zeit der Könige und Republik; 2. die Kaiserzeit bis Constantin; 3. die Zeit der christlichen Kaiser. Heineccius (Antiquitates iuris romani) unterschied fünf Perioden, Lange (Römische Alterthümer) sechs, Walter (Römische Rechtsgeschichte) sieben Perioden. Vgl. über diese und andere Periodisirungen: Danz, Lehrb. der Geschichte des röm. Rechts. 2. Aufl. §. 6. Man sehe auch: Jhering, Geist des röm. Rechts. Bd. 1. S. 68 ff.

6) Vgl. darüber u. A. Lewis, an enquiry into the credibility of early Roman history, 2 vol. London 1855, deutsch von Liebrecht, Hannover. 2. Ausgabe. 1863; Bröcker, Untersuchungen über die Glaubwürdigkeit der altrömischen Geschichte, 2. Aufl. Basel 1862; Gerlach, Sage und Sagenforschung, Basel 1860. M. s. auch: Nägele, Studien über altitalisches und röm. Staatsleben. Heidelberg 1849. Rubino, Beiträge zur Vorgeschichte Italiens, herausg. von Büdinger. Leipzig 1868.

durch diese Methode leicht gefälscht, und dieselbe lässt sich überhaupt nicht genügend durchführen, weil man bei einzelnen Rechtsinstituten gar nicht weiss, wann eine Aenderung stattgefunden hat. Auch nöthigt die synchronistische Methode zu manchen Wiederholungen. Ueberdies erscheint die chronologische Methode zum Erlernen der Rechtsgeschichte und zum Verständniss der allmählichen Rechtsentwickelung geeigneter. Es lassen sich auch vielfach die Vorzüge der synchronistischen Methode mit der chronologischen vereinigen, indem man, soviel als es bei dem unvollkommenen Zustande der Quellen möglich ist, genau oder annähernd bei den einzelnen Rechtsinstituten und Rechtssätzen die Zeit ihres Ursprungs und ihrer Abänderung angibt[7]).

§. 3. Quellen der Kenntniss des römischen Rechts.

Diese sind Denkmäler und Bücher. Die Denkmäler zerfallen in Münzen und Inschriften.

I. Münzen, welche insbesondere in chronologischer Hinsicht, namentlich für die Verhältnisse der Kaiser, der Provinzen und der Städte wichtig, und in grosser Zahl auf uns gekommen sind.

Vgl. Eckhel, Doctrina nummorum veterum. 8. vol. Vindobonae 1792—98, über das Juristische besonders Bd. 3 u. 8., Addenda ex eiusdem autographo postumo. Viennae 1826. 4; Mommsen, über das röm. Münzwesen in Abh. der sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften. I. 1850. S. 221—427; Derselbe, über den Verfall des röm. Münzwesens in der Kaiserzeit, in den Berichten der sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften. Phil. hist. Classe. Leipzig 1851. S. 180; Derselbe, Geschichte des römischen Münzwesens. Berlin 1860.

II. Inschriften in grosser Zahl, auf Stein, Erz oder auch Wachstafeln, besonders insoweit auf denselben Geschäftsurkunden oder Gesetzesurkunden in Original erhalten sind.

Die älteren grossen Sammelwerke von Gruter, Muratori u. A., sowie auch die von Haubold gesammelten, von Spangenberg herausgegebenen: Antiquitatis Romanae monumenta legalia. Berolini 1830, werden mit der Zeit entbehrlich werden durch das von der Berliner Akademie unter Leitung von Mommsen begonnene *Corpus inscriptionum Latinarum.* Davon erschienen seither vol. I. (welches bis auf Caesar reicht) Berolini 1863. vol. II. 1869. ed. Hübner (die span. Inschriften seit Caesar). vol. III. 1873. ed. Mommsen II. partes (lateinische Inschriften aus Aegypten, Asien, Griechenland, Illyrien, die Verordnungen des Augustus, Diocletian's Preistarif, Dacische Soldatenpri-

7) Ueber den Werth oder Unwerth beider Methoden vgl. Rudhart, Ueber das Studium der röm. Rechtsgesch. Würzburg 1811. S. 21. 48; Schilling, Bemerkungen zur Röm. Rechtsgesch. S. 3 ff.; Jhering, Geist des röm. Rechts. Th. 1. S. 62. 63; und über das von letzterem angebahnte Streben, den eigenthümlichen Geist eines Rechtes auf wenige Grundgedanken zurückzuführen, vgl. Vering, Römisches Erbrecht. Heidelberg 1861. S. 4—11.

vilegien und Veteranenurkunden); vol. IV. ed. M. Zangemeister 1871. (Wandinschriften von Pompeji, Herculanum, Stabiä); vol. V. ed. Mommsen 1873. (Lateinische Inschriften aus Gallia cisalpina); vol. VI. (Urbis Romae) ed. Henzen (unter der Presse); vol. VII. (Lateinische Inschriften aus Brittanien) ed. Huebner 1873. Mit dem corpus inscr. Latin. steht in Verbindung das Prachtwerk von Fr. Ritschl Priscae latinitatis monumenta epigraphica. Berolini 1862. Auch ist jetzt eine eigene Zeitschrift den neuen epigraphischen Entdeckungen gewidmet: *Ephemeris epigraphica*, corporis inscriptionum latinarum supplementum, edita iussu instituti Archaeologici Romani cura G. Henzeni, J. B. Rossii, Th. Mommseni, G. Wilmansii, Romae apud Institutum, Berolini apud G. Reimerum. vol. I. 1872, vol. II. 1874. Vgl. auch de Rossi, le prime racolte d'antiche inscrizioni. Roma 1852. Für den Handgebrauch empfehlen sich Orelli, Inscr. Lat. sel. amplissima collectio. II. vol. Zürich 1828, fortgesetzt von Henzen: vol. III. Collectionis Orellianae Supplementa et Emendationes. 1856.; C. Zell, Handbuch der röm. Epigraphik. 3 Bde. Heidelberg 1850—1857. (Bd. I.: Delectus Inscriptionum cum monumentis legalibus fere omnibus; Bd. II.: Anleitung zum Studium epigraphischer Quellen; Bd. III.: Leges municipales Salpensana et Malacitana aliaque supplementa.) Die meisten hierhergehörigen alten Rechtsquellen, namentlich auch alle auf uns gekommenen Gesetze bis in's dritte Jahrhundert n. Chr., enthalten auch: Bruns. Fontes iuris Romani antiqui. edit. 2. Tubingae 1871. — Ueber Urkundenfragmente (von Rechtsgeschäften) s. m. noch Arndts Verm. Schriften Bd. 3. S. 78 ff.

Unter den noch erhaltenen Urkunden über Rechtsgeschäfte[1]) sind zu erwähnen viele bis jetzt bekannte auf Metalltäfelchen geschriebene Soldatenabschiede (honestae missiones militares); die *tabula alimentaria Traiani* oder *praediorum obligatio* v. J. 103 n. Chr., auf einer 1747 bei Veleja aufgefundenen jetzt in Parma befindlichen ungeheueren Bronzetafel, welche das Instrument einer milden Stiftung enthält; die 1790 in einem alten röm. Goldbergwerke bei Abrudbanya in Siebenbürgen gefundene, jetzt in München befindliche Wachstafel, auf welcher sich eine Bekanntmachung der Vorsteher des *collegium Jovis Cerneni*, einer römischen Begräbnissgesellschaft, befindet, die in Folge der Pest 167 n. Chr. Bankerott machte; das auf einem 1820 und 1830 an der Via Appia gefundenen Stein erhaltene Testament des Dasumius aus dem J. 109 n. Chr. und eine Reihe meistens von Bischöfen herrührender Testamente in römischer Form aus der christlichen Periode; Schenkungsinstrumente, vorzüglich das des *Titus Flavius Syntrophus*[2]) und der *Statia Irene* v. J. 252 n. Chr., zwei Urkunden über Errichtung einer Emphyteusis, endlich mehrere Richtersprüche, besonders über Grenzstreitigkeiten.

§. 3. 1) Vgl. Boecking, Pand. des röm. Privatr. §. 25. S. 121 ff. der 2. Aufl.; Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte. Bd. I. §. 86—87; Rein, Privatr. der Römer S. 18 ff. Eine Zusammenstellung findet sich bei Bruns. Fontes cit. pag. 85 sqq.

2) Besonders herausgegeben und commentirt von Huschke, Vratislav. 1838.

Unter den noch im Original aufgefundenen Gesetzesurkunden[3]) sind am wichtigsten 1) eine *lex agraria* v. J. 643 d. St., gewöhnlich unrichtig als *lex Thoria* v. J. 635 d. St. bezeichnet, aber wie diese und die der l. Thoria vorausgegangene l. Livia v. J. 632 d. St. eines und zwar das letzte der drei Gesetze, wodurch die Gracchische Agrargesetzgebung aufgehoben wurde, nach welcher der gesammte von einzelnen privilegirten Patriciern und reichen Plebejern in Besitz und unentgeldlichen Gebrauch genommene, faktisch vererblich gewordene Domanialbesitz (agri occupaticii possessiones) durch eine Generalcommission (triumviri agris dandis assignandis) in Hufen von 30 iugera an Bürger und Bundesgenossen zur unveräusserlichen Erbpacht gegen eine mässige Abgabe vertheilt werden sollte. Jene uns grossentheils erhaltene lex agraria verwandelte die Possessionen in zehntfreies Privateigenthum und beschränkte die Occupation und Weidenutzung der Domänen auf ein sehr geringes Maximum[4]).

Auf der Vorderseite derselben Bronzetafel findet sich 2) die *lex Acilia* (oder wie man früher glaubte: *Servilia) repetundarum* v. J. 631 oder 632 d. St.[5]).

3) *Tabula Bantina*, welche 1790 oder 1793 bei Oppido in Lukanien gefunden wurde, auf der vorderen Seite mit der Schlusssanktion eines Volksschlusses in lateinischer Sprache, auf der Rückseite mit einem Bruchstück des der Bundesstadt Bantia in der ersten Hälfte des 7. Jahrhunderts von römischen Commissarien verliehenen Stadtrechts in oskischer Sprache.

4) Eine Bronzetafel im Museo Borbonico, auf welcher sich der Anfang einer *lex Antonia (Cornelia, Fundania) de Thermensibus maioribus Pisidis* findet, ein Plebiscitum aus der Zeit nach d. J. 681 d. St., wodurch die Stadt Thermessus in Pisidien das Recht der libera respublica erhielt[6]).

5) *Lex Rubria de Gallia cisalpina*, ein grosses, 1760 unter den Ruinen von Veleja gefundenes, jetzt im Museum zu Parma befindliches Bruchstück einer bald nach d. J. 705 d. St. erlassenen, gewiss schon von Cäsar entworfenen Gerichtsordnung für Gallia cisalpina nach dessen Incorporation in den römischen Staat.

3) Vgl. Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte I. §. 81—85. Rein, Privatr. S. 12 ff. Bruns, Fontes pag. 16 sqq. Danz, Lehrb. der Geschichte des Röm. R. Bd. I. §. 47 f. 64. 65. der 2. Aufl.

4) Vgl. Rudorff, in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft. Bd. X. 1. Huschke, in Richters Jahrbücher Bd. X. S. 579—620. Mommsen, Berichte der sächsischen Gesellschaft 1850. S. 89—101.

5) Vgl. Rudorff, ad legem Aciliam. Berolini 1863; Huschke, Ztschr. f. Rgesch. Bd. 5. S. 46 ff. — 6) Vgl. Ritschl, l. c. tab. 31.

6) Die *Tabula Heracleensis*, zwei zu Neapel befindliche, im J. 1732 am Tarentinischen Meerbusen gefundene Bruchstücke einer *lex Iulia municipalis*[7]) v. J. 709 d. St. Das eine Bruchstück (aes Neapolitanum) enthält die Municipalverfassung und zählt die Gründe der Infamie auf, das andere (aes Britannicum genannt, weil es eine Zeit lang in England war) betrifft die Polizeieinrichtungen.

7) Eine 1640 zu Tiviolo bei Catanzaro im Bruttierlande gefundene, jetzt in Wien befindliche Bronzetafel mit einem *S. C. de Bacchanalibus* nebst Consularschreiben an die Bundesstadt Terina wegen Unterdrückung der Bacchanalien in ganz Italien[8]).

8) *S. C. de imperio Vespasiani* v. J. 823 d. St. (in der Mitte des 14. Jahrh. in Rom aufgefunden), wodurch der Senat dem Vespasian das imperium, d. h. alle die einzelnen Souverainitätsrechte in dem Umfange, wie seine Vorgänger sie gehabt hatten, übertrug.

9) Die *Lex (Flavia) de Salpensanis* und *de Malacitanis* v. J. 835—837 d. St., d. h. zwei Ende Oktober 1851 in Malaga aufgefundene Bronzetafeln, auf welchen sich Bruchstücke der von Domitian den beiden latinischen Colonien Malaca und Salpensa in der spanischen Provinz Baetica verliehenen ohne Zweifel gleichförmigen Municipalverfassung befinden. In Deutschland sind die Tafeln zuerst näher bekannt geworden durch Th. Mommsen[9]). Im J. 1860 wurden unter den Auspicien der Madrider Akademie der Wissenschaften Facsimiles verfertigt und versandt. Laboulaye hatte (Paris 1854) die Aechtheit bestritten, wurde aber schlagend widerlegt von Giraud (Paris 1856[10]).

10) Die gegen Ende des J. 1870 oder zu Anfang des J. 1871 auf drei Bronzetafeln aufgefundene *Lex Coloniae Iuliae Genetivae Urbanorum sive Ursonis*, data a. u. c. 710. Dieses Grundgesetz der römischen Colonie von Urso (jetzt Osuna) in Spanien v. J. 44 v. Chr. brachte besonders über das Verfahren vor den Recuperatoren, über die Decurionen, und überhaupt über das römische Coloniewesen zur Zeit Cäsar's neue Aufschlüsse[11]).

7) Vgl. Cic. ad. fam. lib. VI. ep. 18.

8) Ritschl, tab. 18. Mommsen, corp. inscr. p. 43.

9) „Die Stadtrechte der latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca." Mit Commentar und mit einem „Nachtrag". Leipzig 1855.

10) Vgl. dens. in Revue historique de droit. Paris 1866 p. 305 ff. 433 ff. Arndts, in Zeitschr. f. Rg. VI. 3. u. in Vermischt. Schriften Bd. 3. S. 39 ff. 44 ff. 54 ff.; P. J. van Swinderen, Disquisitio de aere Malacit. et Salp. Groningae (1867).

11) Diese drei Broncetafeln befinden sich jetzt wie das Aes Salpensanum und Malacitanum im Besitze des Marquis de Casa Loring zu Malaga, und sind zuerst 1813 von demselben Emmanuel Rodriguez de Berlanga zu Ma-

III. Die auf uns gekommenen Bücher zerfallen in juristische, halbjuristische und nicht juristische.

Unter den juristischen Büchern ist für die Kenntniss des römischen Rechtes in jeder Beziehung am bedeutendsten das Justinianische *corpus iuris civilis*[12]). Ausserdem gehören hierher die mehr oder weniger noch erhaltenen vorjustinianischen Rechtssammlungen[13]), nämlich *fragmenta Vaticana*, *collatio legum Romanarum et Mosaicarum*, *consultatio veteris Iureconsulti*, *Breviarium Alaricianum* (enthaltend eine Auswahl aus dem *Codex* und den *Novellae Theodosii*, *Gaii Epitome*, d. h. einen in zwei Bücher zusammengedrängten Auszug aus den Institutionen des Gaius, *Pauli receptae sententiae*, 13. Titel des *Codex Gregorianus*, 2. Titel des *Codex Hermogenianus* und ein kleines Fragment aus Papiniani responsa), *lex Romana Burgundionum*, *edictum Theodorici*. Ferner sind folgende auf uns gekommene Schriften von Juristen aus der Zeit vor Justinian hervorzuheben:

1. *Gaii institutionum commentarii* IV., von Niebuhr 1816 in einem palimpsesten Codex der Bibliothek des Domkapitels zu Verona entdeckt (vorher besassen wir nur das eben erwähnte Gaii Epitome), und seitdem bis auf einige Blätter in der Mitte und manche unleserliche Worte und Sätze vollständig bekannt (s. u. §. 27.)[14]).

laga veröffentlicht, der 19 Jahre früher auch zuerst die Stadtrechte von Salpensa und Malaga abdrucken liess. Berlanga's Publicationen sind nicht in den Buchhandel gekommen, aber auf Grund derselben erschien ein Abdruck des Stadtrechts von Osuna von Hübner und Th. Mommsen, mit einem kurzen Commentar des Letzteren in der *Ephemeris epigraphica* vol. 2. 1874. Heft 2. p. 105—51, und nachdem sodann Berlanga 1874 noch Nachträge und Verbesserungen hatte erscheinen lassen (ebenfalls aber nicht im Buchhandel), so folgten daraufhin auch noch solche von Hübner und Mommsen in der cit. Ephemeris Bd. 2. 1874 Heft 3. p. 221 sqq.

12) Vgl. u. §. 29. 32.

13) Näheres über dieselben in §. 28.

14) Editio princeps von Göschen. Berolini 1820. 8. Die dritte der zum genaueren Studium unentbehrlichen grösseren Göschen'schen Ausgaben besorgte Lachmann. Berolini 1842. Im Bonner Corp. iur. Anteiust. edirt von Boecking p. 1 sqq. Die besten Handausgaben sind von Boecking. ed. 5. Lipsiae 1866, Gneist, in seinem syntagma institutionum. Lips. 1858 (mit Gegenüberstellung der iustin. Institutionen), Huschke, Lips. 1861 und in dessen Iurisprudentiae Anteiust. quae supersunt. Lipsiae 1867. ed. 2. p. 82 sqq. Ein Facsimile des Codex Veronensis erschien von Boecking: Gaii Institutiones Codicis Veronensis apographum ad Goescheni, Hollwegi, Bluhmii schedas compositum scripsit lapidibusque exceptam scripturam publicavit Eduard. Boecking. Accesserunt Goescheni de codice Veronensi praefatio et incerti auctoris de iure fisci quae supersunt. Lipsiae 1866. Vgl. auch Huschke in

2. Zugleich mit den Instit. des Gaius wurde aufgefunden das Fragment einer Schrift *de iure fisci* von ungewissem Verfasser, vielleicht ein Bruchstück der sententiae receptae des Paulus in ihrer unverkürzten Gestalt[15]).

3. Die in einer Vaticanischen Handschrift des Breviarium erhaltenen *Tituli ex corpore Ulpiani*, wahrscheinlich ein Bruchstück aus dem *liber singularis Regularum* von Domitius Ulpianus (s. u. §. 27.)[16]).

4. Die *Receptae Sententiae* des mit Ulpian gleichzeitigen Juristen Julius Paulus, in 5 Büchern, eine ursprünglich zur Belehrung für den Sohn des Paulus verfasste Zusammenstellung der nicht controversen Lehren, welche wir in einem umfassenden Auszug im Breviarium besitzen (s. oben S. 8. und u. §. 28.)[17]).

5. Zwei Stücke juristischen Inhalts, welche griechisch und lateinisch einer Schrift des Dositheus, eines griechischen Grammatikers aus dem Anfang des dritten Jahrhunderts, angehängt sind. Das eine handelt von den Rechtsquellen und Freilassungen, und ist vielleicht ein Bruchstück von Cervidii Scaevolae Regularum libro I. Das andere (vgl. auch u. §. 28.) enthält: Divi Adriani Sententiae et epistolae[18]).

Die im Vorstehenden erwähnten vorjustinianischen Rechtssammlungen und juristischen Schriften (vgl. darüber insbesondere v. Vangerow, Pandekten §. 2. der 7. Aufl.) sind mit mehr oder weniger Vollständigkeit in folgenden

der Zeitschrift für Rechtsgeschichte 1868. Bd. VII. S. 161 ff. Ein neues apographum nebst Ausgabe nach Revision des Codex selbst bearbeitet von Studemund.

15) Vgl. Rudorff, Röm. Rgsch. I. §. 75.; abgedruckt in den Ausgaben des Gaius von Göschen und Lachmann, in Boecking's Ausgabe der Fragmente Ulpian's ed. 4. (1855) pag. 145 ff. Huschke, Iurispr. Anteiust. ed. 2. p. 536 sqq. und besonders edirt von Paul Krüger. Lipsiae 1868.

16) Die besten Handausgaben sind von Boecking. 4. Aufl. Bonn 1855 (nebst Facsimile der Vatican. Handschrift), Vahlen. Bonn 1856, Gneist, Syntagma Instit. Lips. 1858. p. 297 sqq. Huschke, Iurisp. Antei. ed. 2. p. 467 sqq. und besonders daraus abgedruckt. — Von Ulpian's Institutionen entdeckte Endlicher im J. 1835 zwei kleine Stellen auf Pergamentstreifen in der Wiener Hofbibliothek (Ulpiani fragmenta Vindobonensia), welche in Boecking's und Huschke's Ausgaben der „Tituli" mit aufgenommen sind.

17) Neueste Ausgaben von Arndts. Bonn 1833, wieder abgedruckt im Bonner corp. iur. Antei. p. 41 sqq.; Huschke, Iurispr. Anteiust. ed. 2. p. 352 sqq. Man vgl. auch Arndts, Verm. Schriften Bd. 3. S. 101 ff.

18) Neueste Ausgaben von Boecking, Dosithei Magistri interpretamentorum liber III. Bonn 1832; und im Bonner Corp. iur. Antei. p. 201 sqq.; das erste Stück auch bei Boecking in Ulp. fragm. ed. 4. (1855.) p. 158 sqq. Huschke, Iurispr. Antei. ed. 2. p. 341 sqq.

Werken gesammelt: *Iurisprudentia vetus Anteiustinianea ex recens. et cum notis Ant. Schultingii. Lugd. Bat. 1714. 4. ed. nova praef. est Ayrer. Lips. 1737.*

Ius civile Anteiustinianeum codicum et optimar. edition. ope a societate iurisconsultorum curatum; praefatus est Gustav Hugo. Berolini 1815. 2 voll. 8.

Corpus iuris Rom. anteiustin. Consilio professorum Bonnensium *E. Boeckingii et A. Bethmann-Hollwegii et dum in vivis erat E. Puggaei curaverunt iidem assumptis sociis L. Arndtsio, A. F. Barkovio, F. Blumio, J. F. L. Goeschenio, G. Haenelio aliisque; praef. est E. Boeckingius. Bonnae 1835 sqq.* (nur fasc. I—VI.)

Die sämmtlichen nicht in den justinianischen Pandekten vorkommenden Bruchstücke juristischer Auctoren aus der Zeit vor Justinian mit Einschluss der von uns vielmehr zu den Rechtssammlungen (§. 28.) gerechneten *Collatio legum Mosaic. et Roman.*, *Fragmenta Vaticana* und *Consultatio* bietet in bequemer Handausgabe *Ph. Eduard Huschke, Iurisprudentiae Anteiustinianeae quae supersunt. ed. 2. Lipsiae 1867. — Ad. Huschkii iurispr. anteiust. indices confecit Ferd. Fabricius. Lipsiae 1868.*

Ueber die Bedeutung des nachjustinianischen griechischen Rechtes und seine Literatur sehe man unten §. 30.

Unter den halbjuristischen Büchern sind zu erwähnen:

1. *M. Valerii Probi de notis antiquis expositio*, eine Erklärung der in der römischen Geschäftssprache üblichen Abkürzungen[19]).

2. *L. Volusii Maeciani Assis distributio* (für den Rechtsunterricht des Cäsar Marc Aurel, also um 146 n. Chr. verfasst (s. unten §. 27. Nr. VI. 4.) und *Balbi Censoris de Asse libellus* (aus der Zeit Trajans), beide lehrreich für das Erbrecht und Zinswesen[20]).

3. *Notitia dignitatum et administrationum omnium tam civilium quam militarium in partibus orientis et occidentis*, eine Art Staatskalender, aus dem J. 400 n. Chr., in welchem die Beamten mit ihren Funktionen aufgezählt werden[21]).

4. Damit ist zu verbinden der aus dem Ende des 4. Jahrhunderts stammende *libellus provinciarum*[22]).

5. Die im 7. Jahrhundert n. Chr. gemachte Sammlung der Schriften der Agrimensoren *(scriptores rei agrariae)* seit der ersten Kaiserzeit[23]).

19) Vgl. Mommsen in den Berichten der Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig 1853. p. 91—134. und Huschke, Iurispr. Antei. ed. 2. p. 63 sqq.

20) Herausgegeben von Boecking, im Bonner Corp. iur. Anteiust. p. 174 sqq.; Huschke, Iurispr. Antei. ed. 2. p. 328 sqq.

21) Herausgegeben und commentirt von E. Boecking. Bonnae 1839—53.

22) Abgedruckt in: *Polemii Silvii laterculus*, herausgegeben von Th. Mommsen, Leipzig 1853.

23) Beste Ausgabe: *Gromatici veteres ex recens.* C. Lachmann. Be-

6. Von den Byzantinern ist hier endlich *Joannes Lydus* (aus dem 6. Jahrh.) zu erwähnen. Wir haben noch Excerpte aus seiner Schrift: Περὶ μηνῶν (de mensibus), und seine drei Bücher: Περὶ ἀρχῶν τῆς Ῥωμαίων πολιτείας (de magistratibus)[24]).

Auch bei den nichtjuristischen Schriftstellern des alten Rom[25]) finden sich eine Menge Stellen, welche auf die Jurisprudenz Bezug haben, namentlich in den Schriften *Cicero's*[26]), besonders in den Topica, den Reden, der Schrift de legibus und de republica[27]); ferner in *Gellii Noctes Atticae* (aus der Zeit Trajans[28]), bei den Historikern *Livius*, *Tacitus*, *Suetonius*, den *scriptores historiae Augustae* und unter diesen besonders bei *Spartianus* und *Catullinus;* bei den *scriptores linguae latinae,* besonders bei *M. Terentius Varro* (um 116—27 v. Chr., schrieb 24 Bücher *de lingua latina.* Von ihm sind wohl auch libri XV de iure civili, welche bei vielen späteren Werken zur Grundlage dienten, wie wohl auch in Cicero's Schrift de republica und im Enchiridion des Pomponius[29]); *Sext. Pomp. Festus* (wahrscheinlich aus dem 4. Jahrh. de verb. signif.) und dessen Epitomator *Paulus Diaconus* († 709 n. Chr.), *Aurel. Macrobius* (aus der ersten Hälfte des 5. Jahrhunderts), *Isidorus* (Erzbischof von Sevilla † 635 n. Chr.) in seinen *Originum* sive *etymologiarum libri viginti;* ferner bei den *scriptores rei rusticae,* besonders *M. P. Porcius Cato* und *M. Terentius Varro;* den Scholiasten: *Asconius Pedianus* zu Cicero's Reden, *Acro* und *Porphirio* zu Horatius[30]), *Servius Maurus Honoratus* zu

rolini 1848—1852. Im 2. Bande mit kritischen und exegetischen Erläuterungen von Lachmann, Blume, Mommsen, Rudorff.

24) Herausgegeben von Becker. Bonn 1837. Vgl. auch Dirksen, Vermischte Schriften, Bd. I. Berlin 1841.

25) Vgl. Boecking, Pand. 2. Auflage. §. 25. S. 115 ff.; Rudorff, Rg. I. §. 90.; Bähr, Geschichte der röm. Literatur. 4. Ausgabe. Carlsruhe 1867—70. 3 Bde. nebst Supplement-Band: Die christliche römische Literatur 1836. 2. Aufl. 1873; W. S. Teuffel, Gesch. der röm. Literat. Leipz. 1868 f.

26) Schulting, de iurisprud. Ciceronis. Comment. acad. II.; E. Platner, de iis part. libror. Ciceron. rhetoricorum quae ad ius spectant. Marburg 1831; G. de Caqueray Explication des passages de droit privé contenues dans les oeuvres de Cicéron. Paris. Durand. 1857.

27) Keller, *Semestria.* Turici 1842 sq. begann in juristischer Weise die Reden zu bearbeiten; es sind aber nur 3 erschienen. — Zur Kritik von Cic. de legib. vgl. Huschke, Ztschr. f. Rgsch. Bd. 11. S. 107 ff.

28) Vgl. darüber J. de Glöden, Auli Gellii, quae ad ius pertinent, 1843. Dirksen, Nachgel. Schrift. hrsg. von Sanio, Leipz. 1871. Bd. I. Abhg. 4.

29) Vgl. „Varroniana in den Schriften der römischen Juristen, vornehmlich in dem Enchiridion des Pomponius nachzuweisen versucht von Friedr. Dan. Sanio." Leipzig 1867.

30) Vgl. Dirksen, Nachgelassene Schriften. Bd. I. Abthl. XV.

Virgil, *Aelius Donatus* zu Terentius; ferner in den Schriften der beiden *Plinii*, der historia naturalis des älteren und den Briefen des jüngeren, besonders in dem vom letzteren, während er Statthalter in Bithynien war, mit Trajan geführten Briefwechsel[31]).

Nicht unwichtig für die Kenntniss des älteren römischen Rechtes ist *Plautus* († 184 v. Chr.)[32]).

Auch zu den Dichtungen von *Horatius* (65—8 v. Chr.), *Persius* (34—62 v. Chr.), *Juvenalis* (42—121 (?) n. Chr.), *Martialis* (geb. 40, gest. nach d. J. 102 n. Chr.) sind juristische Commentare erschienen[33]).

Eine interessante nach Materien geordnete Zusammenstellung der bei den römischen Dichtern vorkommenden Anspielungeu und Berücksichtigungen des römischen Rechtes und Gerichtswesens enthält Eug. Henriot *(Conseiller à la cour de cassation), Moeurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome d'après les poëtes latins.* III. Vol. Paris 1865.

Auch einige griechische Schriftsteller[34]) enthalten manche Nachrichten über das ältere römische Recht, namentlich *Dionysius* von *Halicarnass* (30 v. Chr.), *Polybius* aus *Megalopolis* (um 105 v. Chr.), *Dio Cassius* (220 n. Chr.), *Plutarch* (50—120 n. Chr.), *Appian* (150 n. Chr.); und endlich sind unter den *historiae Byzantinae scriptores* zu erwähnen: *Zosimus* (412 n. Chr.), *Procopius* (450 n. Chr., der in seinen Ἀνέκδοτα oder der historia arcana die Regierung Justinian's sehr ungünstig schildert, während er denselben in den 6 Büchern περὶ τῶν τοῦ Ἰουστινιανοῦ κτισμάτων auf's schmeichlerichste lobte), und dessen beiden Fortsetzer *Agathius* (im 6. Jahrh.) und *Alexander* (im Anfang des 7. Jahrh.).

Unter den Kirchenvätern, deren Schriften für die römische Rechtsgeschichte ebenfalls von Werth sind, heben wir hervor: *Q. Septimius Florens Tertullianus* († nach 216 n. Chr.), s. *Thascius Caecilius Cyprianus* († 258.), *Arnobius* (um 300.), *Lucius Lactantius Firmianus* († um 300.), s. *Eusebius Hieronymus* († 420.), s. *Aurelius Augustinus* (354—430.), von Letzterem namentlich das Werk de *civitate Dei*[35]).

31(C. Schneither, dissertatio, quae loca e Plinii iunioris scriptis, quae ad ius civile pertinent, recensentur. Gronningen 1827.

32) J. Vissering, Quaestiones plautinae. Amsterd. 1842. Demelius, Plautin. Studien, Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. 1. Bd. 2. S. 197 ff.

33) Schindler, Meditationes et observationes iuridicae ad Persii satyras. Lipsiae 1797. Benech, Etudes sur les classiques latins, première série: Horace, Perse, Martial, Juvénal. Paris 1853.

34) Vgl. darüber Boecking, Pandekten des röm. Privatr. Bd. I. §. 25. Note 1.

35) Die philologischen Quellen sind möglichst vollständig berücksichtigt, aber die einzelnen juristischen Lehren nicht immer ganz genau dargestellt von W. Rein, Das Privatrecht und der Civilprozess der Römer. Leipzig 1858.

Erstes Buch.

Allgemeine Lehren.

Kapitel I.

Von dem Rechte und den Rechtsregeln im Allgemeinen.

§. 4. Das Recht im objektiven und subjektiven Sinne [1]).

I. Recht im objektiven Sinne *(norma agendi)* ist der Inbegriff der Regeln, zu deren Beobachtung die Menschen im Verhältniss zu einander von der gesellschaftlichen Auktorität mit äusserem Zwange angehalten werden sollen.

II. Recht im subjektiven Sinne *(facultas agendi)* ist der Inbegriff der Befugnisse, welche auf Grund des Rechts im objektiven Sinne Jemandem zuerkannt und von der öffentlichen Gewalt geschützt werden.

Windscheid, Pand. §. 37. sagt: Das Recht sei: „ein von der Rechtsordnung verliehenes Wollen-dürfen." Richtiger müsste es heissen: Handelndürfen.

§. 5. Das Verhältniss von Recht und Moral [1]).

Das Recht bildet einen Theil der Moral im weiteren Sinne. Die Moral umfasst in objektiver Hinsicht alle die Vorschriften, welche ein Jeder zufolge der vom Schöpfer in ihn gelegten Stimme des Gewissens 1) im Verhältnisse zu sich selbst, 2) zu seinem Schöpfer und 3) zu seinen Mitmenschen zu befolgen hat. In subjektiver Hinsicht umfasst die Moral alle die Befugnisse und Pflichten, welche das Gewissen in diesen drei Richtungen jedem Menschen zuweist. Das Gebiet des Rechtes ist enger, denn 1) umfasst es nur das Verhältniss der Menschen untereinander, 2) umfasst es nur diejenigen Vorschriften und Befugnisse und Pflichten der Menschen unter einander, welche für und gegen Jeden von der gesellschaftlichen Auktorität mit äusserem Zwange durchgeführt werden.

§. 4. 1) Institut. et Dig. Titul. de iustitia et iure I. 1.

§. 5. 1) Jhering, der Kampf um's Recht. 4. Aufl. Wien 1874.

Paul. l. 144 pr. de Verb. Sig. L. 16. „Non omne, quod licet, honestum est."

Die römischen Juristen unterschieden zwar praktisch sehr wohl zwischen Rechtsgesetz und Sittengesetz, theoretisch machten sie aber keinen strengen Unterschied zwischen beiden, und stellten sie desshalb die Grundsätze der Moral überhaupt auch als die Fundamentalsätze für ein rechtliches Verhalten auf.

„Honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere." §. 3. Institut. de iust. et iure I. 1.; Ulp. l. 10. §. 1. Dig. de iustitia et iure I. 1.

§. 6. Positives und Naturrecht oder Rechtsphilosophie.

Positives Recht ist dasjenige, welches bei einem bestimmten Volke gilt oder gegolten hat. Naturrecht oder Rechtsphilosophie ist ein ideales Recht, welches wegen seiner Vernünftigkeit an und für sich stets das beste sein würde, bei welchem man aber davon absieht, ob es wirklich gilt oder gegolten hat und ob es mit Rücksicht auf diese oder jene besonderen Verhältnisse einer Zeit oder eines Volkes anwendbar ist. Es ist die Aufgabe der Politik, festzustellen, was unter den gegebenen besonderen Verhältnissen einer Zeit und eines Volkes das zweckmässigste Recht ist.

§. 7. Das römische *ius civile* und *gentium* und *naturale*[1]).

I. *Ius civile* ist das *national*-eigenthümliche Recht eines Volkes (*„quod quisque populus ipse sibi constituit)*[2]). *Ius gentium* nannten die Römer dasjenige Recht, welches bei allen gebildeten und gesitteten Völkern gleichmässig wiederkehre (*„quod apud omnes populos, qui legibus moribusque reguntur, peraeque custoditur"*).

Justinian redet in seinen Institutionen[3]) und Pandekten[4]) mit einigen römischen Juristen: *Ulpian*[5]), *Hermogenian*[6]) und *Tryphonin*[7]) auch von einem *ius naturale* (*„quod natura omnia animalia docuit"*). Er rechnet dahin die *maris et feminae coniunctio*, die *procreatio et educatio liberorum*, die Fürsorge der Alten für die Jungen. Man kann aber bei den Thieren, weil sie kein Bewusstsein haben, und nur ihrem Instinkte gehorchen, nicht von einem Rechte reden. Daher fällt dieses *„ius naturale"*, insofern es bei allen Menschen als vernünftigen, selbstbewussten Wesen vermöge

§. 7. 1) Inst. I. 2. De iure naturali, gentium et civili. — 2) Gaius I. 1.; §. 1. Inst. h. t. I. 2. — 3) Pr. h. t. II. 1. — 4) L. 1., Dig. de iustit. et iure I. 1. — 5) L. 1. §. 2. 3. 4. l. 4. l. 6. pr. Dig. de iustit. et iure I. 1. — 6) L. 5. eod. — 7) L. 64. Dig. de condict. indeb. XII. 6.

eines Naturtriebes vorkommt, mit dem *ius gentium* zusammen. Man könnte nur etwa in dem *ius gentium*, welches bei allen Völkern gleichmässig wiederkehrt, zwei Elemente unterscheiden, nämlich 1) solche Sätze des *ius gentium*, welche, ohne auf einem Naturtriebe zu beruhen, dennoch, weil sie ihre Grundlage in der vernünftigen Natur, *naturalis ratio* des Menschen haben, bei allen Völkern wiederkehren; 2) das *ius naturale*, welches desshalb allen Völkern gemeinsam ist, weil es durch ein Naturgesetz dem Menschen eingeprägt ist. Die meisten römischen Juristen reden gar nicht besonders von diesem *ius naturale*, und so theilt namentlich *Gaius* das Recht bloss ein in *ius civile* und *ius gentium* [8]).

II. Ursprünglich galt für die Verhältnisse der Römer unter einander nur *ihr ius civile*; das ius gentium wandte man für die Verhältnisse mit den verbündeten Peregrinen an. Die nicht verbündeten Peregrinen galten nach dem ältesten Völkerrechte als rechtlos. Allmählich erkannte man aber ihre Rechtsfähigkeit nach dem ius gentium und nach ihren besonderen Volksrechten an, und gewährte man ihnen auch einen Rechtsschutz, indem man die Civität bei ihnen fingirte. Gegen Ende des 6. Jahrhunderts d. St. fing man an, in Rom das *ius gentium* auch für die Verhältnisse der Römer unter einander anzuwenden.

III. Das *ius gentium* hat im Ganzen geringere Erfordernisse, als das ius civile, und so unterschied man nun z. B. das *dominium ex iure Quiritium* oder civilrechtliche Eigenthum mit strengeren, und das *in bonis* oder das Eigenthum nach *ius gentium* mit milderen Erfordernissen. Aehnlich unterschied man die *hereditas* und das *legatum*, d. h. Erbschaft und Vermächtniss nach ius civile einerseits, und die *bonorum possessio* und das *fideicommissum*, d. h. die Erbschaft und das Vermächtniss nach ius gentium andererseits, *iustae nuptiae*, d. h. die civilrechtlich gültige Ehe, und das *matrimonium iuris gentium*.

IV. Allmählich, namentlich seit *Constantin*, milderte man die Anforderungen des Civilrechtes, indem man Sätze aus dem *ius gentium* als Sätze des Civilrechtes recipirte. Zuletzt verschmolz Justinian fast in allen Beziehungen das ius civile und gentium vollständig, indem er die Rechtsinstitute, bei denen bloss die Erfordernisse des *ius gentium* vorhanden waren, mit denselben Wirkungen bekleidete, wie wenn die in der früheren Zeit verlangten civilrechtlichen Erfordernisse vorhanden wären.

8) Voigt, Das ius natur. aequum et bonum und ius gentium der Römer. Bd. I. II. III. Abth. 1. Bd. IV. Abth. 2. 3. Leipzig 1856—71, besonders Bd. 2. S. 278 ff., 413 ff.

§. 8. Oeffentliches und Privatrecht, bürgerliches und Kirchenrecht.

Ulp. l. 1. §. 2. de iustit. et iure I. 1.: „Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit.“

Oeffentliches Recht, *ius publicum*, ist dasjenige, welches die Verhältnisse des Staates als solchen und die Verhältnisse der Einzelnen zum Staate regelt. (Während in der christlichen Welt das Kirchenrecht ein besonderes von dem bürgerlichen Rechte unabhängiges Gebiet einnimmt, bildete im heidnischen Rom, wo die Religion bloss ein Staatsinstitut war, das *ius sacrum* nur einen Zweig des ius publicum im weiteren Sinn, im Gegensatze zu dem ius publicum i. e. S.). Privatrecht, *ius privatum*, ist dasjenige, welches die Verhältnisse der Einzelnen unter einander und diejenigen Vermögensverhältnisse des Staates regelt, welche der Staat nur in derselben Weise wie ein Einzelner hat. Wir beschäftigen uns hier nur mit dem Privatrechte. Das römische *ius publicum* ist ganz antiquirt[1]).

§. 9. *Ius prohibitivum* und *dispositivum*.

I. *Ius prohibitivum cogens* (zwingendes Recht) ist die Rechtsvorschrift, welche etwas absolut gebietet oder verbietet, so dass es den Parteien nicht gestattet ist, bei einem Rechtsgeschäfte an die Stelle der vom Gesetze aufgestellten Normen durch eigene

§. 8. 1) Eine vortreffliche röm. Verfassungsgeschichte enthält Walter's Gesch. des röm. R. (3. Aufl. Bonn 1860.) im Bd. I. Wir erwähnen zugleich als neueste Bearbeitung der röm. Geschichte die von Theod. Mommsen 5. Aufl. Berl. 1868 f., u. für Alterthümer: W. A. Becker, Handb. der röm. Alterthümer, Bd. I. II., 1. 2., fortges. von Marquardt II. 3.; III. IV. Leipzig 1843—56. V. 1867 f. An Stelle des letztgenannten Werkes soll jetzt treten: J. Marquardt und Th. Mommsen, Handb. der röm. Alterthümer. Bd. 1. 2. Leipzig 1872. 1874. Röm. Staatsrecht von Mommsen, Bd. 1. Röm. Staatsverwaltung von Marquardt 1873. Lange, Röm. Alterthümer, Berlin, Bd. I. II. 2. Aufl. 1863, (vgl. meine eingehende Recension des I. Bandes in den Heidelberger Jahrbüchern 1858 Nr. 18 f. S. 276—297); Gerlach, Die Verf. der röm. Republ. v. d. Gracchen bis Cäsar. Basel 1874. In Walter's Rechtsgeschichte Bd. II. §. 788—861., sowie bei Rudorff, Röm. Rechtsgesch. Bd. II. (Leipzig 1859.) §. 98—141., und bei Zumpt, Das Criminalrecht der röm. Republik, Bd. I. II., Berlin 1865—68 u. in dessen Criminalprocess der röm. Republik, Leipzig 1871 findet man die neuesten Darstellungen des röm. Strafrechtes und Strafprocesses. Quellen- und Literaturbelege mit einzelnen Ausführungen über das Strafrecht und den Strafprocess der Römer s. m. auch bei Danz, Lehrb. der Gesch. des röm. R. 2. Aufl. Bd. 2. §. 187—196.

Willkür oder Vereinbarung andere Bestimmungen zu setzen. Diesen Charakter trägt durchweg das ius *publicum* an sich; das Privatrecht in einem mehr entwickelten Rechte nur ausnahmsweise, soweit es besondere politische, staatswirthschaftliche oder sittliche Rücksichten nöthig machten [1]).

II. Die Normen des Privatrechts sind in der Regel *iuris † dispositivi*, d. h. es hängt von der Willkür der Parteien ab, ob sie die Normen des Gesetzes für ein von ihnen abzuschliessendes Rechtsgeschäft gelten lassen wollen, oder ob sie statt deren andere Normen feststellen oder vereinbaren wollen.

III. Die Befugniss der Corporationen sich für ihre Angelegenheiten selbst Rechtsnormen festzusetzen, sowie das heutige gleiche Recht der Familien des hohen Adels in Betreff der Familien- und Erb-Verhältnisse heisst *Autonomie*.

§. 10. *Ius generale* und *speciale*, *commune* und *singulare*, *universale* und *particulare*.

I. *Ius generale* (regelmässiges Recht) ist jede Rechtsregel, d. h. eine Rechtsvorschrift, welche gelten soll, so oft die in derselben bestimmten Voraussetzungen vorhanden sind.

Ius speciale (regelwidriges Recht) ist ein Erlass der gesetzgebenden Gewalt, wodurch unmittelbar für einen einzelnen Fall, für ein einzelnes bestimmtes Verhältniss, ein bestimmtes Recht festgesetzt wird, und zwar so, dass diese Vorschrift nur für den bestimmten einzelnen Fall, nicht auch für andere Fälle gelten soll, in denen etwa die nämlichen Voraussetzungen vorhanden sind. Das *ius speciale* begründet für die betreffende Person oder das betreffende Verhältniss ein *privilegium*.

II. Das *ius generale* (regelmässiges Recht) zerfällt in *ius commune* und *singulare*. *Ius commune* (gewöhnliches Recht) ist die Rechtsregel, welche auf allgemeinen Gründen beruht; *ius singulare* (besonderes Recht) ist die Rechtsregel, welche aus besonderen, aus Ausnahme-Gründen der Billigkeit, der Politik u. dgl. nur für eine bestimmte Classe von Personen oder Verhältnissen erlassen ist, bei denen diese besonderen Gründe vorkommen. Dahin gehören z. B. das Handelsrecht für die Kaufleute, die akademischen Gesetze für die Studenten, das Militärrecht für die Soldaten, die besonderen Bestimmungen für Weiber, Minderjährige. Das *ius singulare* be-

§. 9. 1) L. 38. de pactis II. 14. „Ius publicum privatorum pactis mutari non potest." Vgl. l. 45. §. 1. de R. I. L. 17; l. 1. §. 9. de magistr. conv. XXVII. 8; l. 55. de legat. I; c. 12. x. de foro comp. II. 2.

gründet für die betreffenden Personen oder Verhältnisse ein *beneficium iuris*.

III. Man unterscheidet *ius* † *universale* (gemeines Recht) und † *particulare*, je nachdem es für den ganzen Staat, oder nur für einen einzelnen Bezirk desselben gilt. Das Particularrecht geht in seiner Anwendung stets dem *ius universale* vor, und das mehr particuläre Recht geht wiederum dem weniger particulären Rechte vor, und endlich wird jedes particuläre Recht, sofern es *iuris dispositivi* ist, durch anderweitige Bestimmungen der Parteien von seiner Anwendung ausgeschlossen. Dieses drückt man durch den Satz aus: Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Gemeinrecht.

§. 11. *Lex perfecta, minus quam perfecta* und *imperfecta.*

I. *Lex perfecta* hiess das Gesetz, dem die *sanctio*[1]) (d. h. die Schlussklausel) beigefügt war, es solle das entgegen dem Gesetze dennoch abgeschlossene Rechtsgeschäft null und nichtig sein. *Lex minus quam perfecta* war das Gesetz, bei dem die *sanctio* beigefügt war, es solle das vom Gesetze verbotene Rechtsgeschäft zwar nicht nichtig sein, aber eine andere von dem Gesetze bestimmte Strafe dafür verhängt werden. Ob die Römer auch *leges plus quam perfectae* unterschieden, bei denen die sanctio die Nichtigkeit und zugleich eine andere Strafe der Zuwiderhandlung gegen das Gesetz androhte, wissen wir nicht gewiss. *Lex imperfecta* war das Gesetz, bei dem die sanctio über die Art des Vollzuges des Gesetzes fehlte, wie z. B. bei der *lex Cincia de donis et muneribus*[2]). In diesem Falle hatte der Magistrat die Art des Vollzuges des Gesetzes näher festzusetzen[3]).

II. *Theodosius* II. und *Valent.* III.[4]) bestimmten aber, es solle stets ein trotz gesetzlichen Verbotes abgeschlossenes Rechtsgeschäft nichtig, also jede *lex* eine *perfecta* sein, falls nicht in dem Gesetze selbst ausdrücklich bloss eine andere Strafe der Zuwiderhandlung ausgesprochen sei.

Zugleich bestimmten dieselben Kaiser, es sollte auch alles, was *in fraudem legis*, d. h. zur betrügerischen Umgehung des Gesetzes, geschehen sei, so betrachtet werden, als sei es direkt *contra legem* geschehen[5]).

§. 11. 1) Vgl. Boecking, Pand. Bd. 1. §. 69. Note 20. — 2) Vgl. u. §. 93. — 3) Ulpiani fragm. princ. §. 1. — 4) L. 5. Cod. de legib. I. 14. — 5) Vgl. z. B. §. 197. nr. II. princ.

§. 12. *Ius scriptum* oder Gesetzesrecht und *ius non scriptum* oder Gewohnheitsrecht.

I. *Ius scriptum*, Gesetzesrecht, ist das von der gesetzgebenden Gewalt ausdrücklich als Norm aufgestellte Recht; *ius non scriptum* oder Gewohnheitsrecht ist dasjenige Recht, welches sich thatsächlich durch seine Anwendung im Rechtsleben des Volkes kund gibt, einerlei, ob es vielleicht auch bereits schriftlich verzeichnet ist oder nicht.

Ohne sachliche Bedeutung ist die Streitfrage, ob die Römer nicht etwa den Gegensatz zwischen ius scriptum und non scriptum dem einfachen Wortsinn nach verstanden haben [1]).

II. Historisch pflegt das Gewohnheitsrecht immer dem Gesetzesrechte vorauszugehen, und so war auch das ältere römische Recht hauptsächlich Gewohnheitsrecht, welches dann im XII Tafelngesetze [2]) im 4. Jahrhundert d. St. codificirt, d. h. in ein Gesetzbuch zusammengefasst wurde.

§. 13. Die römischen Formen des *ius scriptum* [1]).

Die römischen Formen des *ius scriptum*, welche historisch theils neben, theils nach einander vorkamen, sind: 1) *Leges populi* und *plebiscita*; 2) *Senatus consulta*; 3) *Constitutiones principum* oder leges im neueren Sinne; 4) *Edicta magistratuum*; 5) *Responsa prudentium* und die Schriften der römischen Juristen.

§. 14. Von den *leges populi et plebiscita* insbesondere.

„*Lex* est, quod populus Romanus senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat. *Plebiscitum* est, quod plebs plebeio magistratu interrogante, veluti tribuno, constituebat.“ Justinian §. 4. Inst. de iure nat. gent. civ. I. 2.; cf. Gai. I. 3.

I. Der römische Staat entstand [1]) durch ein sacrales Bündniss

§. 12. 1) §. §. 3, 9, 10. de iure nat. I. 2; l. 6. S. 1. de i. et i. I. 1; l. 36. de legib. I. 3; vgl. Glück, Commentar I. §. 83. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 32. — 2) S. u. §. 28.

§. 13. 1) Cicero Top. c. 8.; Gaius I. 2—7; §. 3—9. Inst. Just. I. 2.; L. 7. Dig. de i. et i. I. 1.; Dig. titt. I. 3. 4. 14. 15.; Decr. Gratiani Dist. I. IV.; X. et in VIto I. 2. 3.; Clement. I. 2. Eine vortreffliche und ausführliche Darstellung der äusseren Rechtsgeschichte oder der „Rechtsbildung“ enthält der I. Band von Puchta's Institutionen und von Rudorff's Röm. Rgsch. (Leipzig 1857.) Eine Zusammenstellung der Quellennotizen über den Wortlaut und Inhalt der altrömischen Gesetze nebst Literatur enthält: Demelius, Legum quae ad ius civile spectant fragmenta. Vimariae 1857. — Quellen und Literatur über die älteste römische Verfassung und Rechtsbildung s. auch bei Danz, Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts. 2. Aufl. §. 7 ff. Vgl. auch Bruns in Holtzendorff's Encycl. 2. Aufl. S. 93 ff.

§. 14. 1) Vgl. Danz, Lehrb. d. Gesch. d. röm. R. Bd. I. 2. Aufl. §. 7 ff.

zweier Stämme, der *Ramnenses* (Latiner) und *Titienses* (Sabiner), zu denen später, wahrscheinlich nach der Zerstörung Albalonga's, ein dritter Volksstamm, die *Luceres* (nach der früheren Ansicht Etrusker; nach Mommsen ein zweiter latinischer Stamm) hinzu traten. Diese drei Stämme bildeten die *patres*, *Patricier* oder Altbürger.

Um einen Maasstab für den gemeinsamen Antheil dieser Stämme an der Leitung der öffentlichen Angelegenheiten zu erhalten, theilte man jeden Stamm (*tribus*) in 10 *Curien* ein; die 30 *Curien* waren je aus 10 erweiterten Familien, *gentes*, zusammengesetzt. In den *comitia curiata*, d. h. in den patricischen Versammlungen zur Beschlussfassung über Krieg und Frieden, Gesetzesvorschläge und Wahl von Magistraten, wurden die Stimmen nach der Ordnung der *gentes* abgegeben, jedoch nach Köpfen gezählt[2]). Die so von den Patriciern beschlossenen Gesetze hiessen *leges curiatae*, und in der Königszeit gab es nur solche. Im Laufe der Zeit verlor sich mehr und mehr der verwandtschaftliche Charakter unter den *Gentilen* und in der späteren Zeit der Republik verlor auch die *Curien*-Verfassung ihre politische Bedeutung. Damit verschwanden auch die *gentes*.

II. Schon *Servius Tullius*[3]) theilte aber die Patricier mit den bisher vom politischen Regiment ganz ausgeschlossenen Plebejern, d. h. den unterworfenen Urbewohnern des alten Stadtgebietes und den später eingewanderten Flüchtlingen und Handelsleuten, mit denen sich später auch die Clienten, d. h. hörigen Leute der Patricier verschmolzen, gemeinsam je nach ihrem Vermögen von 100,000, 75,000, 50,000, 25,000, 10,000 asses (oder bei der schweren Prägung der asses der älteren Zeit anfangs je nach dem fünften Theile dieser Summen) in 5 *classes* ein[4]). Diejenigen, welche in einer dieser Classen waren, hiessen assiani, d. h. Ansässige, die auf ihrem Grund und Boden sitzen. Jede Classe zerfiel mit Rücksicht auf den Kriegsdienst in 2 Abtheilungen, die seniores und die iuniores, und jede Abtheilung in eine bestimmte Zahl von Haufen oder *Centurien*. Die erste Classe umfasste 80 Centurien Fussvolk und 18 Centurien equites, die zweite, dritte und vierte Classe zerfielen jede in 20 Centurien, die fünfte in 30 Centurien. Diejenigen, welche unter 10,000, aber über 1500 (oder ursprünglich 300) asses censirt waren, bildeten eine weitere eigene Centurie, die der accensi velati (Ersatzsoldaten). Die, welche nicht so viel, aber wenigstens

2) Gell. N. A. XV. 27. — 3) Danz a. a. O. §. 14. Vgl. auch Münderloh, Aus der Zeit der Quiriten. Weimar 1872. S. 1 ff. — 4) Liv. I, 43; Dionys. IV. 16 sq.

375 (oder ursprünglich 75) asses Vermögen hatten, hiessen proletarii. Manche leiten proletarius ab von is qui prolem facit; d. h. der nur als Erzeuger von Kindern Bedeutung hat[5]). Münderloh[6]) leitet proletarius ab vom altquiritischen Worte letum = Tod[7]), so dass damit ebenfalls, wie auch accensus velatus ein Ersatzmann bezeichnet wurde, der an Stelle eines Verstorbenen trat, jedoch während der accensus velatus Ersatzmann in zweiter Linie war, trat der proletarius erst in dritter Linie ein und wurden in dringenden Fällen auf gemeine Kosten bewaffnet, die noch Aermeren, capite censi, aber niemals. Neben den 5 Classen und vom Census unabhängig bildeten noch die Waffenschmiede und Zimmerleute, ebenfalls nach dem Alter getrennt, 2 centuriae fabrorum[8]) und ebenso die Hornisten (cornicines) und Zinkenbläser (liticines) 2 Centurien.

Der Zweck dieser Eintheilung war zunächst die Heeresordnung und die Erhebung der Heeressteuer, indem der schwere Kriegsdienst von der höheren, der leichtere von der minderen Classe besorgt wurde und das tributum, statt wie bisher nach Köpfen, nun nach der Classeneintheilung erhoben wurde: der Reichere also jetzt mehr zahlte, denn der Aermere. Es scheint aber den *comitia centuriata*, d. h. den Versammlungen der Patricier und Plebejer, in welchen nach Centurien und in welchen letzteren nach Köpfen abgestimmt wurde, sogleich auch die Beschlussfassung über Krieg und Frieden überlassen worden zu sein. Seit Anfang der Republik wurden in den *comitia centuriata* auch leges beschlossen, die jedoch anfangs noch der *auctoritas patrum*, d. h. der Bestätigung durch den Senat (Niebuhr meinte: der Curiatcomitien) bedurften. Seit der lex Publilia vom J. 415 d. St. fiel diese *auctoritas patrum* weg, oder wurde sie doch zu einer blossen Form, indem der Senat schon vor Abhaltung der *comitia centuriata* von vornherein „*in omnem eventum*" seine Zustimmung ertheilen musste[9]). Seit dieser Zeit verloren sich die leges curiatae und es war nun ein Curienbeschluss nur noch zur Uebertragung des imperium an die Magistrate und da, wo die sacra in Betracht kamen, wie namentlich bei Arrogationen[10]), nöthig. Später versammelten sich aber zu letzterem Zwecke nur noch die pontifices und augures, nebst den 30 Lictoren als Vertretern der Curien, während die Uebertragung des imperium nun in den comitia centuriata geschah.

5) Cfr. Cic. de rep. II. 21.; Gell. XVI. 10. 13. — 6) L. c. §. 48 ff. — 7) Cfr. Festus p. 254 v. Quirites; Varro l. c. VII. 42. — 8) Nach Cic. de re publ. II. 22. jedoch nur 1 Centurie. — 9) Livius VIII. 12. I, 17. — 10) §. 236. nr. III.

III. Während der Republik kamen auch besondere plebejische Versammlungen auf zur Beschlussfassung über öffentliche Angelegenheiten und zur Wahl der den Plebejern seit d. J. 260 d. St. gewährten eigenen plebejischen Magistrate, der Volkstribunen (*tribuni plebis*, anfangs 5, später 10). Die Plebs stimmte hier nach *tribus*, d. h. nach Stadtbezirken geordnet ab (*comitia tributa*). *Servius Tullius* hatte nämlich um der Erhebung der Heeressteuer (*tributum*) willen die Stadt Rom, entsprechend einer uralten Eintheilung, in 4 *tribus* (urbanae) und das übrige römische Gebiet in 26 *tribus* (rusticae) eingetheilt, zu welchen allmählich (bis zum J. 514 d. St.) noch 5 weitere *tribus* hinzukamen, welche aus Völkerschaften gebildet wurden, die man mit vollem Bürgerrecht dem römischen Staate einverleibte. In den *comitia tributa* wurde anfangs nur über Angelegenheiten der plebs abgestimmt. Damit ein von den Plebejern in den *comitia tributa* gefasster Beschluss (*plebiscitum*) auch für die Patricier verbindlich werde, bedurfte es anfangs 1) der Genehmigung des Senates, dass das *plebiscitum* vor die *comitia curiata* gebracht werde, und sodann musste 2) noch die Bestätigung durch diese letzteren erfolgen.

Im Jahre 305 der Stadt verordnete aber die *lex Horatia Valeria: „ut quod plebs tributim iussisset, populum teneret"*, d. h. sie schaffte dadurch die *Bestätigung durch die Curien* ab[11]). Die damit fast gleichlautende *lex Publilia* (*„ut plebiscita omnes Quirites tenerent"*) v. J. 415 d. St. beseitigte auch die Genehmigung des Senates[12]) und endlich die *lex Hortensia* v. J. 468 d. St. wiederholte nochmals ähnliche Worte: (*„ut eo iure, quod plebs statuisset, omnes Quirites tenerentur"*) und stellte die plebiscita, wie Gai I. 3. bemerkt, völlig den leges gleich[13]). Es durften nun die Patricier ebenfalls in den *comitia tributa* mitstimmen[14]), obgleich schon die Tribunen auch jetzt noch nicht das Recht hatten, sie förmlich dazu zu berufen[15]), aber sie durften nicht gegen die Geltung der *plebiscita* protestiren, wenn sie sich der Abstimmung in den *Tributcomitien* enthalten hatten[16]). Von dieser Zeit an waren die *plebiscita* viel häufiger als die *leges centuriatae.*

IV. Später, wahrscheinlich um die Mitte des 6. Jahrhunderts d. St., trat eine wichtige Veränderung in der Zusammensetzung der Centuriatcomitien ein, indem die Centurien zugleich Theile der tribus wurden[17]) und auch deren Namen führten. Die Bürger jeder Classe traten nun tribusweise zur Abstimmung zusammen und in jeder tribus wieder nach dem Alter getrennt in 2 Abtheilungen,

11) Livius III. 55. — 12) Liv. VIII. 12. — 13) Vgl. auch Gell. X. 20. — 14) Cf. Liv. XXVII. 21. — 15) Gell. XV. 27. — 16) Vgl. Walter, Röm. Rg. Bd. I. §. 65. Note 55; §. 67. — 17) Liv. I. 43; Dionys. IV. 21.

von denen jede eine Centurie ausmachte. Seitdem es 35 tribus gab, kamen also auf jede Classe 70 Centurien, und gab es für die fünf Classen zusammen 350 Centurien. Es erhielten damit die Centuriatcomitien eine mehr demokratische Gestalt. Früher hatten nämlich die Reicheren ein entschiedenes Uebergewicht gehabt, indem die Centurien der ersten Classe allein schon die Stimmenmehrheit bildeten. Jetzt musste mindestens bis zur dritten Classe durchgefragt werden. Die erste Classe hatte nur noch den Vorzug, dass sie vor den anderen stimmte, und dass die Centurie, die den Anfang machte, (cent. praerogativa) durch das Loos bloss aus ihr gezogen wurde[18]).

V. Die Wahl der Magistrate geschah seit Tiberius nicht mehr in den Volkscomitien, sondern durch den Senat[19]). Die Volksgesetzgebung dauerte noch ein gutes halbes Jahrhundert in die Kaiserzeit hinein fort. Unter *Augustus* ergingen noch eine Reihe höchst wichtiger Volksgesetze: die *leges Iuliae iudiciariae*, *lex Iulia de adulteriis*, *lex Aelia Sentia*, *lex Iulia de maritandis ordinibus*, *lex Iulia vicesimaria*, *lex Furia Caninia*, *lex Papia Poppaea*; unter *Tiberius* noch die *lex Iunia Norbana*, und eine *lex Tiberii* über die *manus* der *Flaminica Dialis*[20]), unter *Claudius* die *lex Claudia de tutela mulierum*, unter *Nero* die *lex Petronia*, und unter *Nerva* die *lex Nervia agraria*. Die sog. *lex Vectibulici* (wahrscheinlich Veti Publicii oder auch Veti Bulici[21]) rührt nicht, wie man gewöhnlich annahm, von Trajan her, sondern wurde nur unter ihm durch ein Senatusconsult auch auf die Provinzen ausgedehnt. Es hörten sodann die Comitien überhaupt und damit auch die *leges populi* auf, nachdem über 800 Jahre die eigentliche gesetzgebende Gewalt in den Händen des Volkes gewesen war.

VI. Beim Beantragen eines Volksgesetzes *(legem ferre)* sollte man nach einer *lex Caecilia Didia* v. J. 656 d. St.[22]) nicht verschiedenartige Vorschläge mit einander verbinden (ne quid per saturam ferretur), und dieselbe lex schärfte auch den alten Gebrauch von Neuem ein, wornach ein Gesetzesvorschlag zwischen drei Markttagen[23]) auf dem Markte ausgehängt werden sollte *(promulgatio trinum nundinum)*. Während dieser Zeit fanden Debatten über den Gesetzes-Vorschlag *(suasiones et dissuasiones legis)* in beschlussunfähigen, aber ebenfalls von den Magistraten geleiteten *conciones* statt. In den *Comitien* selbst wurde bloss abgestimmt.

VII. Die Berufung der Curiat-Comitien geschah durch einen lictor, und der Ort, wo sie abgehalten wurden, war das *comitium*,

18) Vgl. Walter, Röm. Rg. B. I. §. 122. — 19) Tacit. Ann. I. 15. — 20) Cf. Tacit. Ann. IV. 16.; Gai. I. 136. — 21) Sie wird in c. 3. de serv. reipubl. VII. 9 erwähnt. — 22) Cic. pro domo c. 20.; Isidor. Origin. V. 16. Festus s. v. satura. — 23) S. u. §. 97.

ein Theil des forum Romanum. Die Zusammenberufung der Centuriat-Comitien geschah per cornicinem, und der Ort, wo sie abgehalten wurden, war der *campus Martius*, wo sich ovilia, d. h. mit Gräben oder sonstigen Zeichen umgebene Plätze für die einzelnen Abtheilungen fanden[24]). Die Tribut-Comitien wurden auf dem forum ohne vorhergehende Auspicien abgehalten.

VIII. In den *comitia curiata* und *centuriata* wurde die *rogatio*, d. h. die Anfrage über die Abstimmung gewöhnlich von den Königen und seit der Republik von den Consuln, in den *comitia tributa* von den Volkstribunen gestellt. Das Stimmengeben geschah ursprünglich mündlich, indem der Abstimmende, zum Präsidium gewandt, entweder *Uti rogas* sagte, d. h. ich stimme der gestellten Rogation bei, oder *Antiquo legem*, d. h. es soll beim Alten bleiben. In den *comitia tributa* stimmte man mit schwarzen und weissen Steinchen. Später wurde überhaupt geheime Abstimmung vorgeschrieben und zwar mit geschriebenen Stimmtäfelchen. Für die Abstimmung über Gesetze wurde dieses durch eine *lex Papiria tabellaria* im J. 633 d. St. vorgeschrieben; jeder Abstimmende erhielt zwei Täfelchen, von denen auf dem einen UR (= Uti rogas), auf dem anderen A (= Antiquo legem) stand, und es konnte dann Jeder, indem er entweder das eine oder das andere Täfelchen in den Stimmkorb warf, im Geheimen seine Meinung abgeben. Wenn ein Gesetz die Stimmenmehrheit für sich hatte, so sagte man *lex perlata est*, und darauf folgte dann die Verkündigung *(legem figere)*. Die später übliche Eintragung der Gesetze in Erz oder Stein und öffentliche Ausstellung in den Säulenhallen des Ärars scheint erst durch die *lex Licinia Iunia* vom Jahre 691 d. St. geboten worden zu sein. Ihren Namen erhielten die leges gewöhnlich von dem Magistratus, der die rogatio gestellt hatte, und wenn die Consuln gemeinschaftlich die rogatio gestellt hatten, den Namen beider Consuln, z. B. lex Papia Poppaea. Findet sich das Bindewort: *et*, so sind in der Regel 2 Gesetze gemeint, z. B. lex Iulia et Papia Poppaea, lex Iulia et Titia.

§. 15. Die *Senatus Consulta*[1]).

Gai. I, 4.: „Senatus consultum est, quod senatus iubet atque constituit, idque *legis vicem* obtinet, quamvis fuerit quaesitum.“ Cf. §. 5. Inst. de iure nat. gent. et civ. I. 2.

Der Senat (ursprünglich die 300 Geschlechtsältesten) hatte anfangs nur eine begutachtende Stellung; erst in der Zeit nach

24) Gell. XV. 27.

§. 15. 1) Man vgl. die Quellen- und Literaturbelege bei Danz, Lehrb. der Gesch. des röm. Rechts. Bd. I. 2. Aufl. §. 11. §. 25 ff.

der *lex Publilia*[2]) erhielt der Senat allmählich eine gesetzgebende Gewalt, damit die Patricier dadurch ein Gegengewicht gegen die Allgemeingültigkeit der *Plebiscita* hätten.

Die Berufung des Senats geschah durch die Consuln, und in deren Abwesenheit durch den Prätor oder auch durch einen tribunus plebis, der dann auch den Vorsitz führte und die Verhandlungen leitete. Im Senate wurde vor der Abstimmung, die durch Auseinandertreten (per discessionem) erfolgte, erst debattirt. Seit dem Jahre 306 d. St. wurden die *Senatus Consulta* im Staatsarchiv aufbewahrt und die wichtigeren zugleich auf Erz eingegraben. Zur Gültigkeit der *Senatus Consulta* gehörte, dass die Sitzung an einem der dazu bestimmten Orte (senaculum) gehalten war, und dass kein Volkstribun dagegen intercedirt hatte. Denn sonst hiess der Beschluss nicht Senatus Consultum, sondern nur Senatus Auctoritas[3]). Sehr häufig waren die *Senatus Consulta* in der ersten Kaiserzeit, wo die Kaiser noch nicht direkt als Gesetzgeber aufzutreten wagten, sondern im Senate ihre Anträge durch mündliche *oratio* oder durch eine *epistola* mittheilen liessen, die dann regelmässig durch *Acclamation* angenommen wurden. Seit dem 3. Jahrhundert n. Chr. verschwanden die *Senatus Consulta*, indem die Kaiser nun, namentlich nach den Zeiten von *Diocletian* und *Maximian*, unmittelbar als Gesetzgeber auftraten. (*Leges* im späteren Sinne des Wortes). Der Senat behielt noch einen Beirath zu den kaiserl. Constitutionen, den ihm erst *Leo* entzog[4]).

§. 16. Die *Constitutiones principum*[1]).

§. 6. Inst. de iure nat. gent. et civ. I. 2.: „Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem; quum *lege Regia*, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne imperium suum et potestatem concedat. Quodcunque ergo Imperator per *epistolam* constituit, vel cognoscens *decrevit*, vel *edicto* praecepit, legem esse constat; haec sunt, quae *Constitutiones* appellantur..." Cf. Gai. I. 5.

Augustus hatte sich die einzelnen höheren republ. Magistraturen auf 10 Jahre, dann auf Lebenszeit übertragen lassen; seine Nachfolger liessen sich durch einen Senatsbeschluss jedesmal mit einem Male den Inbegriff aller der von Augustus und seinen Nachfolgern geübten Befugnisse übertragen. Der Senat sollte also hier

2) S. o. §. 14. S. 18. — 3) Cic. ad fam. VIII. 8; ad Attic. V. 2. — 4) Novella Leonis. 78.

§. 16. 1) Tit. Cod. Theod. I. 1. [Just. I. 14.] de [legibus et] constitutionibus principum et edictis. 2 [Just. I. 23.] de diversis rescriptis [et pragmaticis sanctionibus]. 3. [Just. I. 15.] de mandatis principum. Vgl. auch die Quellen und Literatur bei Danz, Gesch. des röm. Rechts. Bd. I. §. 63.

pro forma eine *lex regia de imperio* im Namen des Volkes erlassen, ähnlich wie früher durch *lex curiata* den Königen und während der Republik anfangs durch *lex curiata*, später durch *lex centuriata* den höheren Magistraten ihr *imperium* vom Volke übertragen worden war. (Wir besitzen noch die *lex regia de imperio Vespasiani* [2]). Auf diese *lex regia* führte man nun in der Theorie auch die oberste gesetzgebende Gewalt der Kaiser zurück [3]). Seit der Zeit der *Severe* (Alexand. und Septim. Severus) kam übrigens die *lex regia* praktisch nicht mehr vor.

Unter den kaiserl. Constitutionen unterschied man:

a) *Edicta*, d. h. Erlasse der Kaiser, welche ausdrücklich und unmittelbar den Zweck haben, neue Rechtsnormen aufzustellen. Ein solches ius edicendi hatten die Kaiser von Anfang an. Erst seit Diocletian wurde die leges edictales häufiger [4]). b) *Decreta*, d. h. Entscheidungen von Rechtsstreitigkeiten, welche der Kaiser nach vorheriger causae cognitio unter Zuratheziehung seines Consistorium erliess. Die darin enthaltenen Normen sollten auch für andere gleichartige Fälle gültig sein. Dagegen galten die interlocutiones, die ohne causae cognitio, brevi manu, (de plano) vom Kaiser ausgingen, nur für den einzelnen Fall [5]). c) *Epistolae* waren die gewöhnlich in Briefform erlassenen *Mandata* und *Rescripta*. *Mandata* [6]) waren Instructionen des Kaisers für seine Beamten, und darin waren mittelbar Rechtsnormen für die Unterthanen enthalten. *Rescripta* (die bei Weitem häufigste Art von kaiserl. Constitutionen) waren die Antworten, welche der Kaiser an Magistrate, Gemeinden oder an Private auf Anfragen um Rechtsbelehrung erliess und welche auch für andere ähnliche Fälle massgebend sein sollten.

Jedoch musste das Rescript 1) mit dem *Datum temporis* (Zeit) et *loci* (Ort) versehen, 2) vom Regenten oder einem in dem betreffenden Falle speciell dazu beauftragten Beamten unterzeichnet sein, 3) und wenn es ein rescriptum generale war, d. h. allgemein bindende, nicht bloss für den einzelnen Fall bestimmte Vorschriften enthielt, auch publicirt sein, wenngleich auch nicht publicirte Rescripte nach der Natur der Sache ein gewisses moralisches Gewicht bei den Richtern bei Entscheidung von anderen Fällen hatten. 4) Ein *Rescript* sollte auch ungültig sein, wenn es gegen die wohlerworbenen Rechte Jemandes (*jura quaesita*) oder gegen das öffent-

2) Vgl. o. §. 3. S. 7. — 3) Gaius I. 5; cit. §. 6. Inst. de iure natur. I. 2. — 4) Savigny (System Bd. I. S. 123 ff.) hat die kaiserl. Edicte von Diocletian aus Pandektenfragmenten gesammelt. — 5) Vgl. l. 12 pr. Cod. de leg. mit l. 3 Cod. eod. — 6) Von Diocletian allein kennen wir an 1300.

liche Wohl *(utilitas publica)* verstiess, und 5) galt jedes *Rescript* nur, *si preces veritate nitantur*, d. h. wenn die Thatsachen, auf welche sich das Rescript bezog, richtig dargestellt waren.

Wenn ein *Rescript* auf Ansuchen einer Partei ergangen war, so konnte die Gegenpartei die *exceptio* (oder *praescriptio*[7]) *mendacii* vorschützen und zwar dahin, dass Thatsachen entstellt seien († *exceptio subreptionis)* oder dass Thatsachen verschwiegen seien († *exc. obreptionis*). Wenn nun die Thatsachen solche waren, auf welche der Kläger seinen Klageanspruch stützte, so musste er beweisen, dass die Thatsachen sich so verhielten, wie er behauptete. Handelte es sich dagegen um Thatsachen, auf welche der Beklagte seine Freiheit von dem Anspruche des Klägers stützte, so musste dieser die Thatsachen beweisen.

Gewöhnlich erfolgten die *Rescripte* als einfache *subnotatio* (d. h. indem die Antwort unter das Gesuch geschrieben wurde) oder als *adnotatio* (d. h. indem die Antwort an den Rand des Gesuchs geschrieben wurde), bisweilen aber auch in besonderen Antwortsschreiben, und wenn von höheren Beamten oder Communen angefragt war, so erfolgte eine *sanctio pragmatica*, d. h. ein feierliches Antwortschreiben mit Zuziehung der Geheimschreiber.

Der *Praefectus Praetorio*, seit Augustus der Hauptmann der kaiserl. Leibwache, allmählich der erste Reichsminister, erliess auch häufig General-Rescripte und Verordnungen *(formae a Praefectis Praetorio datae*, τύποι, ὑπαρχικά oder ἐπαρχικά), deren verbindende Kraft, insofern sie nicht gegen das bestehende absolute Recht und kaiserliche Verordnungen verstiessen, von *Alexander Sever* ausdrücklich bekräftigt wurde[8]).

Decreta sind heutzutage nirgends mehr möglich, weil keine Cabinetsjustiz existiren soll. Ob und in wie fern *Rescripta*, *Edicta* und *Mandata* noch vorkommen können, richtet sich nach der Verfassung der einzelnen Staaten[9]).

§. 17. Die *Edicta magistratuum*[1]).

I. Die *magistratus*, welche die Civilrechtspflege verwalteten, hatten das *ius edicendi*, d. h. das Recht öffentliche Anschläge zu machen und darin für die Bürger verbindliche Rechtsnormen auf-

7) S. u. §. 120. nr. V. 2.

8) L. 2. Cod. de off. P. P. I. 26. Ueber die röm. Sammlungen der kaiserlichen Constitutionen, vgl. u. §. 28. 29. Die sonst noch erwähnten oder überlieferten Constitutionen von Augustus bis Constantin vgl. bei Hänel, Corp. legum ab imperatoribus Romanis latarum. 1857. pag. 1—182. — 9) S. u. §. 19.

§. 17. 1) Vgl. die Quellen- und Literaturbelege bei Danz, Gesch. des röm. R. Bd. I. §. 43. S. 65.

zustellen. Die Prätoren, denen hauptsächlich die Rechtspflege oblag, in der ältesten Zeit auch die Consuln und Militärtribunen, ferner der Dictator während einer Dictatur, die Aedilen, welche die Marktsachen und Polizeisachen führten, und in den *provinciae populi Romani sive senatus* (d. h. in den pacificirten Provinzen, in denen bereits eine geordnete Civilverwaltung eingeführt war) der *praeses provinciae* an Stelle des Prätors und die *Quästoren* an Stelle der *Aedilen*, erliessen demgemäss beim Antritte ihres Amts eine *lex annua*, eine Bekanntmachung der Normen, nach denen sie ihr Amt verwalten wollten (*edicta perpetua*, d. h. für das ganze Amtsjahr des Magistrates geltende Verordnungen). Auch erliessen diese Magistrate mitunter bei besonderen, vorübergehenden Anlässen besondere Edicte (*edicta repentina*, *prout res incidit*). Die Edicte der Magistrate wurden gewöhnlich auf weissen Tafeln mit schwarzen Lettern aufgestellt. Daher kommt der Name Album. In den *provinciae Caesaris*, d. h. in den erst eben eroberten, noch nicht völlig beruhigten Provinzen, wo noch eine grosse Militärmacht stand, und die desshalb dem Kaiser unmittelbar untergeben waren, und aus denen der Kaiser auch die Einkünfte bezog, wurde von dem *Propraetor* oder dem *Proconsul*, dem *Legati* zur Seite standen, Alles noch auf militärischem Fusse behandelt, und es wurden hier daher auch keine Edicte erlassen.

II. Hauptsächlich schöpften die edicta aus dem ius gentium und aus der aequitas. Sie hatten zwar nicht legis vicem, jedoch „non modicam iuris auctoritatem[2]," d. h. eine Stellung zwischen Justizhandhabung und Gesetzgebung. Sie dienten theils *adiuvandi* (zur Unterstützung), theils *supplendi* (zur Ausfüllung von Lücken), theils *corrigendi sive emendandi iuris civilis gratia* (zur Milderung von Härten des Civilrechtes). Die Magistrate verfuhren dabei nicht willkürlich[3]). Dafür wurden sie controlirt von den Juristen[4]). Dagegen schützte auch die Gefahr, der sich der Magistrat dadurch aussetzte, dass er später die neuen Rechtssätze, die er aufgestellt hatte, auch gegen sich gelten lassen musste[5]), und auch die Bestimmung der *lex Cornelia* v. J. 687 d. St., dass der Prätor nicht nach Decreten und Einzeledicten, sondern nach seinem feierlichen Justizprogramm, das er beim Amtsantritt erlassen habe, d. h. nach seinem *edictum perpetuum* Recht sprechen solle[6]). Der Magistrat sollte stets in der vorsichtigsten Weise der *utilitas publica*[7]) und

2) Wie es in §. 7. Inst. de iure nat. I. 2. heisst. — 3) Arg. l. 7. §. 1., l. 8. Dig. de iust. et iure: „viva vox iuris civilis." — 4) Caes. B. C. III. 20; Cic. de off. III. 20, 80. Verr. I. 46, 119. — 5) S. u. §. 132 nr. V. — 6) Ascon. in Cornel. p. 58. 15. ed. Orelli; cf. Dio XXXVI. 23. — 7) Cf. l. 7. §. 1. cit.

den neuen Rechtsanschauungen und fortschreitenden Verkehrsbedürfnissen durch Bildung neuer Institute Rechnung tragen und durch Exceptionen und Fictionen[8]) das alte Recht ergänzen und verbessern.

III. Diejenigen Stücke des Edictes, welche der nachfolgende Magistrat aus den Edicten seiner Vorgänger wiederholte, weil sie sich als gut und brauchbar bewährt hatten, nannte man: *edictum tralaticium*, und den Inhalt der edicta tralaticia nannte man *ius honorarium*, weil es von den Inhabern der *Magistraturen* (hônores) ausging. Seine Hauptwirkung äusserte das *ius honorarium* von der Mitte des 6. Jahrhunderts d. St. an und während des 7. Jahrhunderts d. St. Zu *Cicero's* Zeit schrieb zuerst Servius Sulpicius über das prätorische Edict, und sodann verfasste einen ausführlicheren Commentar *Cäsar's* Freund, Ofilius, und darauf Labeo und Sabinus. Aus diesen Commentaren sind aber in die Pandekten keine Excerpte aufgenommen.

IV. Salvius Julianus verfasste aber unter Auctorität Hadrian's 131 n. Chr. ein *edictum perpetuum*, welches aus allen vorhandenen Edicten der Stadt- und Provinzialmagistrate das als brauchbar und gut Bewährte zusammenfasste; und an diesem *edictum* Hadrian's sollten keine Abänderungen von den Magistraten mehr gemacht, sondern es sollten dazu nur noch *novae clausulae*, Zusätze, hinzugefügt werden dürfen. Damit war also das Edict abgeschlossen; jetzt war es eine kaiserliche Constitution. Die legislative Thätigkeit der Magistrate hörte jetzt auf, sie verlief sich jetzt in unbedeutende *edicta nova*, *brevia* und *monitoria*.

Zu dem Hadrianischen Edicte erschienen grosse Commentare von Gaius, Pomponius, Ulpian, Paulus, Antus oder Furius Anthianus, Quintus Saturninus, Sextus Pedius, Callistratus, aus welchen Bruchstücke in Justinian's Pandekten vorkommen. Wir haben zwar keine Exemplare des Hadrianischen Edictes mehr, jedoch sind uns noch manche Sätze desselben in den Pandekten wörtlich überliefert. Auch können wir uns über das System des Edictes und seinen Hauptinhalt eine sichere Uebersicht bilden, namentlich aus *Pauli Sententiae Receptae* und aus den Fragmenten der Commentare desselben, die in den Pandekten und den *Codices* vorkommen[9]).

8) Vgl. u. §. 120.

9) Restitutionsversuche machten schon Giphanius 1596, Jacob Gothofred. 1653, Heineccius, in seinen *Opera postuma*, in neuerer Zeit de Weyhe, Libri tres edicti. Cellis 1823, pag. 149—208, van Reenen, Fontes tres iur. civ. Rom. ant. Amstelodami 1840, pag. 41—96, Rudorff, De iurisdictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt. Lipsiae 1869. Vgl.

§. 18. Die *Responsa prudentium*[1]) und das Ansehen der römischen Juristen.

I. In den ersten Jahrhunderten Roms konnte noch schwerlich von einer eigentlichen Jurisprudenz die Rede sein. Die ältesten Arbeiten waren Sammlungen des von den *pontifices* aufgezeichneten Rechtes[2]). Die erste eigentlich wissenschaftliche Arbeit war wohl der Commentar, den Sext. Aelius Paetus in der Mitte des 6. Jahrhunderts d. St. zum XII Tafelngesetze verfasste[3]). Seit der Mitte des 6. Jahrhunderts bildete sich auch ein eigener Stand der *Iureconsulti*, die sich nicht um Staatsämter und Advocaturen[4]) bewarben, sondern die sich die Bearbeitung des *ius civile* und die Belehrung über Vorsichtsmassregeln (*cavere*), die Abfassung von Geschäfts-Urkunden (*scribere*) und das Ertheilen von Rechtsgutachten (*respondere*) zur Aufgabe machten[5]). Schon Tiberius Coruncanius (Consul 474, erster *pontifex maximus* aus der Plebs um das Jahr 500 d. St.) hatte durch bereitwillig, mündlich und schriftlich ertheilte *responsa* Aufsehen erregt, und nach ihm wurden von M. Porcius Cato Censorius († 605), und dessen Zeitgenossen P. Cornelius Scipio Nasica und wohl durchweg von allen bedeutenderen späteren Juristen *Responsa* ertheilt[6]). Als besonders gesuchter Consulent wird namentlich Q. Mucius Scävola P^i filius in der Mitte des 7. Jahrhunderts d. St. genannt. Die Rechtsgutachten der Juristen erlangten bald eine Bedeutung[7]), aber sie bildeten noch keine Quelle des *ius scriptum*. Eine solche wurden sie jedoch seit *Augustus*.

II. Augustus bestimmte nämlich, es sollten Juristen von den Kaisern autorisirt werden, den Richtern auf ihre Anfragen responsa (Antworten) zu ertheilen, welche Gesetzeskraft hätten. *Tiberius* ernannte zuerst solche *Respondentes*, und dieselben bildeten wahrscheinlich ein *Collegium*, welches, um *Responsa* zu ertheilen, sich versammelte, berieth und abstimmte. Nach einem Rescripte Hadrian's sollten die Richter nur bei Einstimmigkeit der *Respondentes* an deren Aussprüche gebunden sein; wenn die *Respondentes* verschiedener Ansicht wären, dürfe der Richter der Ansicht folgen, welcher er wolle[8]).

desselb. Rg. I. §. 97, S. 270 f. und Abhandl. in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. III. nr. 1., Bd. IV. nr. 1.

§. 18. 1) Vgl. Puchta Instit. §. 76—78; Walter, Röm. Rg. §. 431. 434.; Rudorff Rg. §. 62.; Kunze Curs. der. Inst. Bd. II. S. 189 ff. — 2) S. u. §. 28. — 3) S. u. §. 27, 28. — 4) Vgl. u. §. 113. — 5) Cic. pro Murena IX. 19. de orator. I. 48. — 6) S. u. §. 27. — 7) Cic. Top. V. — 8) Pompon. l. 2. §. 2. ult. de origine iuris; Gaius I. 7.; Justin. §. 8. Inst. de iure nat. gent. et civ.; Justiniani praefat. ad Digesta. Const. Deo auctore §. 4.; Const. Tanta §. 20.

Die *Responsa* sollten übrigens nur dann Gesetzeskraft haben, wenn sie *signata* waren, d. h. es sollten die betreffenden Urkunden, mit dem Siegel des Ausstellers verschlossen, dem Richter übergeben werden. Früher hatte man dagegen die *Responsa*, als sie noch keine Gesetzeskraft hatten, wenn sie schriftlich waren, durch unmittelbare Zustellung an den Richter, oder wenn sie mündlich waren, durch Zeugen beglaubigt[9]). Gründe brauchten in dem *Responsum* nicht angegeben zu sein[10]).

Man weiss nicht, bis zu welcher Zeit *Respondentes* vorgekommen sind. In der ersten Kaiserzeit fingen die grössten und edelsten Geister an, sich fast ausschliesslich der Jurisprudenz zuzuwenden, weil sie hier allein sich einerseits Einfluss auf öffentliche Angelegenheiten verschaffen, und andererseits zugleich eine unabhängige Stellung bewahren konnten. Daher beginnt nun die Periode der klassischen Jurisprudenz, die sich etwa bis zur Zeit der beiden Severe (bis zum Anfang des 3. Jahrhunderts n. Chr.) erstreckt. Wir wissen noch, dass unter *Constantin* ein nicht näher bekannter *Innocentius*, der mit dem gleichnamigen *Agrimensor* nicht zu verwechseln ist, das *ius respondendi* erhielt. Jedoch seit dieser Zeit scheinen sich die *Respondentes* verloren zu haben, 1) weil seit *Diocletian* und *Maximian* (283 n. Chr.) überhaupt alle Rechtsstreitigkeiten regelmässig nur mehr durch die inzwischen an Zahl bedeutend vermehrten Magistrate entschieden wurden und keine Privatrichter mehr fungirten[11]); 2) weil man nun mehr und mehr beim Kaiser über zweifelhafte Rechtsfragen Rescripte einholte; 3) weil der wissenschaftliche Sinn mehr und mehr sank, und man sich 4) auch gewöhnlich schon an die Responsa der verstorbenen grossen Respondentes halten konnte.

III. In dem sogenannten Citirgesetze, wie es Hugo[12]) zu Anfang dieses Jahrhunderts genannt hat, welches die Kaiser Theodos II. und Valentinian III. 426 n. Chr. von Ravenna aus an den Senat erliessen, bestimmten dieselben, bei Controversen in den juristischen Werken (*ius* nannte man in der letzten Periode des röm. Rechts den Inhalt derselben im Gegensatze zu den *leges*, d. h. den kaiserl. Gesetzen) sollten sich die Richter an die Ansichten des Papinian, Ulpian, Paulus, Modestinus[13]), bei welchen vier grossen Juristen keinerlei Hinneigung zu einer der beiden in den beiden ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit sich gegenüber gestandenen Rechtsschulen[14]) mehr hervortritt, und an die Schrif-

9) Pompon. l. c. Seneca de benef. VIII. 16. — 10) Sen. ep. 94. — 11) Vgl. u. §. 108. — 12) Vgl. u. §. 33. — 13) Vgl. über diese vier u. §. 27. nr. VI. 5. — 14) Vgl. u. §. 27. nr. V. 7. — 15) Vgl. u. §. 27. nr. VI. 4.

dieser 5 Juristen richtig citirten Ansichten der anderen Juristen halten. Es solle dann die Ansicht gelten, für welche die meisten Stimmen vorhanden seien; bei Stimmengleichheit solle die Ansicht des Papinian den Ausschlag geben. Zugleich bestimmten obige zwei Kaiser, wie schon im Jahr 321 Constantin gethan hatte, es sollten die *notae* des Paulus, Ulpian und Marcian zu den Schriften des Papinian wegen ihrer grossen Spitzfindigkeit gar nicht gelten. (Erst Justinian brachte durch Aufnahme in seine Pandekten wieder einige dieser Noten zur Geltung.) Endlich sollten nach dem Citirgesetze die *Receptae Sententiae* des Paulus[16]) ohne Weiteres gelten.

IV. Heutzutage gibt es keine für die Richter verbindliche responsa prudentium mehr. Allerdings ist auch unsere Jurisprudenz sehr productiv, und sind viele Rechtssätze in ihrer näheren und technischen Ausbildung nicht aus dem Volke, sondern von den Männern der Wissenschaft ausgegangen. Jedoch haben die Meinungen und Ausführungen der Rechtsgelehrten an sich nur insoweit eine Bedeutung, als sie den Richter von ihrer richtigen Uebereinstimmung mit dem geltenden positiven Rechte zu überzeugen vermögen. Verbindliche Rechtskraft haben die Meinungen der Rechtsgelehrten, auch die sogen. communis doctorum opinio nur, soweit sie von dem Bestehen eines Gewohnheitsrechts oder eines Gerichtsgebrauchs (s. §. 20 f.) Zeugniss geben, oder sie durch das ius scriptum zur Geltung gebracht werden.

§. 19. Das heutige Gesetzesrecht.

Das Gesetz ist eine Rechtsnorm, welche von dem gesetzgebenden Organ des Staates ausgegangen, und 2) als Gesetz öffentlich bekannt gemacht (promulgirt oder publicirt) ist. In unseren constitutionellen Staaten gehört also zum verfassungsmässigen Zustandekommen eines Gesetzes der Beirath und die Zustimmung der Landstände, und eine Publication des Gesetzes als solchen durch den Regenten unter Hervorhebung der erfolgten Zustimmung der Landstände und unter Contrasignatur mindestens eines Ministers. Ist die Publication ohne diese letztere Erwähnung erfolgt, so liegt kein gültiges Gesetz vor. Gewöhnlich geschieht jetzt die Publication durch Einrückung in ein amtliches Blatt oder eine Gesetzsammlung oder auch durch öffentlichen Anschlag oder Verkündigung von der Kanzel; gemeinrechtlich ist über die Art und Weise der Bekanntmachung nichts vorgeschrieben. Ob der Richter im einzelnen Streitfalle auch zu prüfen habe, ob die Organe, unter welche die gesetzgebende Gewalt getheilt ist, in verfassungsmässiger Weise zusammengewirkt haben, und ob darnach eine gültige Rechtsnorm vorliege oder nicht, ist streitig. Aus dem Rechtsgrunde, dass die Richter die von der ten des Gaius[15]), ausserdem aber auch an die in den Schriften

16) Vgl. o. §. 3. S. 7.

Regierung bestellten Justizorgane sind, und dass die Regierung die öffentliche Beglaubigung und Publication der Gesetze zu besorgen hat, sowie auch aus Zweckmässigkeitsgründen, namentlich um eine grössere Unsicherheit des Rechtes zu verhüten, wird am Besten[1]) die Frage verneint. Aus dem Rechtsgrunde, dass der Richter nur nach wirklichen Gesetzen urtheilen soll, wollen Einige[2]) die Frage bejahen. Dieser Grund hat in Betracht zu kommen, wenn die Staatsverfassung vom Princip der Volkssouveränität ausgeht und darnach der Richter eine Stellung als Vertreter des Volkes in Betreff der Handhabung der Justiz einnimmt, wie die röm. Magistrate sie bis in die Kaiserzeit hinein hatten. Aber eine solche Beaufsichtigung der Regierungsgewalt in Betreff der Gültigkeit und Verfassungsmässigkeit der von der Regierung gehörig publicirten Normen steht unseren jetzigen zur Entscheidung von Privatrechtsstreitigkeiten berufenen Gerichten nicht zu. Durchweg bestimmen auch die deutschen Verfassungs-Urkunden[3]) ausdrücklich, dass Gesetze wie Verordnungen verbindlich sind, wenn sie in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form publicirt sind und dass nicht die Behörden, sondern nur die Kammern die Rechtsgültigkeit prüfen können. Verordnungen, d. h. Bestimmungen über die Art des Vollzuges von Gesetzen, und nach manchen Landesverfassungen auch (zur „Aufrechthaltung der öffentlichen Sicherheit" oder zur „Beseitigung eines ungewöhnlichen Nothstandes") provisorische Anordnungen mit Gesetzeskraft bis zum nächsten Zusammentritt der Kammern darf jedoch der Regent auch allein unter Zuziehung des verantwortlichen Ministeriums erlassen[4]).

§. 20. Das Gewohnheitsrecht[1]).

I. Die Quelle, der innere Grund des Gewohnheitsrechtes und seiner Bildung beruht auf dem nationalen Rechtsbewusstsein; die

§. 19. 1) Mit Linde, Stahl, Zöpfl u. A.; vgl. die Lit. bei Zöpfl, Staatsr. 5. Aufl. §. 451. Bischof, in Zeitsch. für Civilr. N. f. Bd. 16—18. Martin, der Umfang des richterlichen Prüfungsrechtes. Celle 1865; bei Letzterem zugleich die betreffenden Verhandlungen des 3. u. 4. deutschen Juristentages. — 2) Z. B. Vangerow §. 12. Anm. 1. bei dem auch die Literatur angegeben ist, Puchta, Pand. §. 15., Keller, Pand. §. 2. — 3) Vgl. die Preuss. v. J. 1850. Art. 106. — 4) Vgl. Preuss. Verfassungs-Urkunde Art. 63, 106. Vgl. Planck, Die verbindliche Kraft der auf nicht verfassungsmässigem Wege entstandenen Gesetze u. Verordnungen, in Jhering's Jahrb. IX. nr. 14. (1868).

§. 20. 1) Dig. I. 3. de [legibus, Sctis et] longa consuetudine, Cod. VIII. 53. quae sit longa consuetudo; X. und in VIto. De consuetudine I. 4. — Puchta, Das Gewohnheits-Recht. Erlangen 1828—37. 2 Bde. Vangerow, Lehrb. d. Pandekten. Bd. I. §. 14—17. Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen. Cassel u. Göttingen 1872. Jhering, Geist des röm. R. II. 1. S. 24 ff. der 2. Aufl.; Zoll in Jhering's Jahrb. XIII. (1874) S. 416 ff.

Gewohnheit selbst ist die äussere Form, in der es sich kundgibt, wie das Gesetzesrecht durch die Publication.

II. Der äussere Rechtsgrund für die Geltung des Gewohnheitsrechtes ist nach den verschiedenen Staatsverfassungen verschieden. Bei den Römern galt ursprünglich das Princip der Volkssouveränität, und desswegen war es[2]) einerlei, utrum „*populus voluntatem suam suffragio declaret*, *an rebus ipsis et factis*," d. h. es hatte das bloss durch thatsächliche Anwendung, nicht durch ausdrücklichen Beschluss in der Volksversammlung vom Volke festgesetzte Recht dieselbe Geltung wie das Gesetzesrecht. Seit *Constantin* hatte sich das Princip der Volkssouveränität ganz verloren. Seit dieser Zeit beruht bei den Römern, ebenso wie in unseren modernen Staaten, wo die gesetzgebende Gewalt an ein Zusammenwirken von Regent und Landständen geknüpft ist, der äussere Rechtsgrund der Gültigkeit des Gewohnheitsrechtes *auf der stillschweigenden oder ausdrücklichen* (z. B. im röm. und canonischen Rechte und den deutschen Reichsgesetzen generell unter gewissen Voraussetzungen erklärten) *Einwilligung der gesetzgebenden Gewalt*, dass sich ein Gewohnheitsrecht bilden dürfe[3]).

III. Ein Gesetz kann freilich die Clausel enthalten, dass sich gegen dieses Gesetz keine entgegenstehende Gewohnheit bilden dürfe.

Constantin l. 2. Cod. h. t.: Consuetudinis ususque longaevi haud vilis auctoritas est, sed non usque adeo sui valitura momento, ut rationem vincat aut legem. Windscheid, Pand. §. 18. Note 2. versteht die l. 2. willkürlich von einem blos particulären Gewohnheitsrechte. Vgl. über die verschiedenen sonstigen Auslegungen: Vangerow, Pandekten, §. 16. Anm. 7. Aufl.

Abgesehen von dieser etwaigen besonderen Clausel kann ein Gesetz auch durch eine entgegenstehende Gewohnheit, *consuetudo contra legem*, *desuetudo* aufgehoben werden. Am häufigsten aber dient das Gewohnheitsrecht zur Ausfüllung von Lücken der Gesetzgebung *(consuetudo praeter legem)*, oder zur näheren Feststellung des Inhaltes und der Art der Anwendung eines Gesetzes *(Usualinterpretation* oder *consuetudo secundum legem)*.

Die der Autonomie (s. oben §. 9. nr. III.) entsprechende gewohnheitsrechtliche Bildung heisst Observanz.

IV. Um ein Gewohnheitsrecht annehmen zu können, werden folgende Erfordernisse vorausgesetzt:

1) Eine Mehrheit von Handlungen und eine längere Zeit *(consuetudo*, *usus longaevus)*. Wie viele Handlungen und

2) Wie Julian l. 32. h. t. sagte.

3) Das preuss., österr. u. sächs. Ges.-B. haben die Gewohnheit als rechtsbildende Macht überhaupt ausgeschlossen, das deutsche Hand.-Ges.-B. lässt sie im Art. 1. zu, aber nur zur Ergänzung von Lücken des Gesetzes.

wie lange Zeit vorliegen müssen, hängt nach römischem Rechte von dem Ermessen des Richters ab; je häufiger die Handlungen und in je kürzerer Zeit sie auf einander folgen, desto eher wird der Richter die Ueberzeugung eines daraus hervorgehenden Gewohnheitsrechtes gewinnen. Nach canonischem Rechte[4]) ist aber der Ablauf einer Verjährungszeit von vierzig Jahren für den Rechtsbestand eines Gewohnheitsrechtes contra legem nöthig[5]); für eine consuetudo praeter und secundum legem jedoch keine Zeit festgestellt. Jedoch hat im Gebiete des bürgerlichen Rechtes die Praxis auch in der angegebenen Richtung das Erforderniss einer Verjährungszeit für das Gewohnheitsrecht verworfen[6]).

2) Die *consuetudo* muss *tenaciter servata* sein, d. h. in den verschiedenen auf einander folgenden Handlungen muss sich stets dieselbe Rechtsnorm abspiegeln.

3) Die Handlung muss *opinione iuris sive necessitatis* vorgenommen sein, d. h. die Handelnden mussten die Ueberzeugung haben, dass sie aus einer rechtlichen Nothwendigkeit und nicht etwa bloss aus Zweckmässigkeit, Gefälligkeit, Höflichkeit oder sonstiger freier Willkür so handelten, wie sie handelten.

4) Die *consuetudo* muss *rationabilis* sein, d. h. sie darf nicht der gesunden Vernunft und dem gemeinen Wohle widerstreiten. Die Rationabilität des Gewohnheitsrechtes hat der Richter aber nicht nach seinem rein subjektiven Ermessen, sondern nach der geläuterten Volksmoral seiner Zeit zu ermessen.

4) Unter anderen Stellen besonders 4, nach cap. ult. x. h. t.

5) Schulte, Kirchenrecht Bd. I. §. 38. behauptete, consuetudo heisse im canon. Rechte nicht bloss die Anwendung eines Gewohnheitsrechtes, sondern auch die Ausübung von Rechten im subjektiven Sinne und zwar von öffentlichen Rechten, bei welchen das römische Recht keine Ersitzung durch fortdauernde Ausübung (iuris quasi possessio) anerkannt habe, und die hier in Betracht kommenden canonischen Rechtsstellen wollten nur besagen, dass solche Rechte durch eine rationabiliter d. h. bona fide geschehene Ausübung in der canon. Verjährungszeit von 40 Jahren erworben werden könnten. Aber der Titel in den Decretalensammlungen de consuetudine handelt augenscheinlich nur von der Gewohnheit als Rechtsquelle, und das hier namentlich in Betracht kommende von Raymund de Pennaforte, dem Verfasser der Decretalensammlung Gregor's IX., eigens beigefügte Schlusscapitel will offenbar einen ganz allgemeinen, nicht auf eine einzelne Seite der consuetudo beschränkten Satz aufstellen. Vgl. Phillipps, Lehrb. des Kirchenrechts §. 21. Note 5. der 2. Aufl.; Vering, in der lateinischen Ausgabe von Phillipps (Compendium iuris ecclesiastici ed. 3.) §. 21. Note 6.; Vering, Lehrb. des Kirchenrechts §. 48.; Kreutzwald, de canonica iuris consuetudinarii praescriptione, Friburgi Brisg. 1873.

6) Puchta a. a. O. Bd. II. S. 100.

V. Es ist die Aufgabe des Richters, sich *ex officio* wie die Rechtskenntniss überhaupt, so auch die Kenntniss des Gewohnheitsrechtes zu verschaffen *(† iura novit curia)*. Es darf einer Partei, die sich auf ein Gewohnheitsrecht beruft, nicht desshalb der Beweis dieses Gewohnheitsrechtes auferlegt werden, weil die Gegenpartei die Existenz des Gewohnheitsrechtes läugnet. Nur wenn der Richter ein Gewohnheitsrecht nicht kennt und es ihm nicht sonst gelingt, sich von der Existenz desselben zu überzeugen, muss er ausnahmsweise der Partei, welche sich auf das Gewohnheitsrecht beruft, den Beweis desselben auflegen. Der Beweis hat sich dann auf die Thatsachen zu richten, aus denen der Richter die Ueberzeugung vom Bestande des Gewohnheitsrechtes gewinnen soll. Vor Allem ist darauf Rücksicht zu nehmen, ob schon richterliche Erkenntnisse vorliegen, welche die Existenz des betreffenden Gewohnheitsrechtes bestätigen. Und durch *obrigkeitliche* Bescheinigungen rechtsgelehrter Magistrate kann schon nach röm. Recht, und nach heutiger Praxis kann überhaupt durch Urkunden und Schriften rechtsverständiger Personen je nach dem Ermessen des Richters unmittelbar der Bestand des Gewohnheitsrechtes bezeugt werden. Auch durch ein iuramentum delatum et relatum [7]) kann unmittelbar das Dasein eines Gewohnheitsrechtes bewiesen werden.

§. 21. Der Gerichtsgebrauch.

Dieser ist eine Rechtsnorm, welche sich in der gleichförmigen, längere Zeit fortgesetzten Handlungsweise eines Gerichtes manifestirt. Bezieht sich der *usus fori* auf den Gang des Verfahrens, die prozessualische Form, so nennt man ihn formellen Gerichtsgebrauch *(mos iudiciorum, stilus curiae)*. Dagegen, wenn der Inhalt der Erkenntnisse desselben Gerichtes in der Anwendung eines Rechtssatzes längere Zeit hindurch gleichförmig war, so spricht man von materiellem Gerichtsgebrauch *(auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum)*.

Der Gerichtsgebrauch hat nur in so weit eine zwingende Auctorität, als er zur Auslegung und zur Ausfüllung von Lücken eines Gesetzes dient [1]). Ein Gerichtsgebrauch *contra legem* hat nicht an sich, sondern nur in sofern sich in ihm ein Gewohnheitsrecht ausprägt, eine zwingende Auctorität. Ein Gerichtsgebrauch hat auch stets nur für dasjenige Gericht eine verbindliche Kraft, bei dem er erweislich vorkommt, nicht auch für andere Gerichte, seien

7) S. unten §. 122. III. 4.

§. 21. 1) L. 38. de legib.; l. 13. Cod. de sent. et interloc. VII. 45.: „non exemplis, sed legibus iudicandum".

diese nun coordinirte, subordinirte oder gar übergeordnete Gerichte. Nur in einigen Ländern ist particularrechtlich vorgeschrieben, dass die Untergerichte an den Gerichtsgebrauch des obersten Gerichtes gebunden sein sollen, und es werden daher in diesen Ländern die Entscheidungen der obersten Gerichte in Praejudicienbüchern bekannt gemacht. Sonst muss der Unterrichter, wenn er die Entscheidung des Oberrichters für unrichtig hält, stets in seinen Urtheilen seine abweichende Ueberzeugung geltend machen, sollten auch seine Urtheile noch so oft in der höheren Instanz abgeändert werden.

§. 22. Die Anwendung der Gesetze in Ansehung der Personen.

I. Im italischen Alterthum hatte jedes Volk sein **national-eigenthümliches Recht** *(ius civile)*, welches nur für die Bürger und Glieder dieses Volkes galt[1]). Bei den Römern verlor sich dieser Gegensatz der verschiedenen nationaleigenthümlichen Rechte, je mehr sich der römische Staat zu einem Universalstaate ausbildete, und vollends, als im justinianischen Rechte der Unterschied zwischen *cives Romani* und *peregrini* ganz aufhörte[2]), und im Ganzen auch das *ius gentium* mit dem *ius civile* ausgeglichen wurde.

Bei den germanischen Völkern galt ebenfalls das Princip des nationalen persönlichen Rechtes; man wandte auf einen Jeden das besondere Recht seines Volksstammes an, einerlei in welchem Gebiete er sich befand. Als die Völkerwanderungen aufhörten und die Stämme wie die Einzelnen aus verschiedenen Volksstämmen ihre einmal gewählten Wohnsitze behielten, entwickelte sich mit den festen Territorien und zum Theil auch in Folge des allmählichen Erstarkens der Staatsgewalt und mit der grösseren Consolidirung des Staatsorganismus, auch für die Anwendung des Rechtes das Princip der Territorialität, welches noch jetzt gilt, und wonach Jeder im Allgemeinen dem Rechte desjenigen Staates unterworfen ist, in dessen Gebiete er seinen Wohnsitz[3]) hat. Freilich lässt sich diese Regel nicht in allen Beziehungen durchführen, sondern es sind für manche Rechtsverhältnisse noch örtliche und zeitliche Grenzen massgebend[4]).

II. Eine weitere Frage ist noch die, ob auch der Regent dem Gesetze unterthänig ist? Ein absoluter Herrscher ist es nie, schon desshalb nicht, weil er allein alle Arten von Gesetzen erlassen, also auch Privilegien (§. 36.) ertheilen kann. Auf diesem Standpunkte stand das Recht der römischen Kaiserzeit. Den Satz:

§. 22. 1) Vgl. o. §. 7. und u. §. 51. — 2) Vgl. u. §. 50. nr. VII. — 3) Vgl. u. §. 58. — 4) Vgl. §. 23, 24.

„*princeps legibus solutus est*“[5]) hatte *Ulpian* zwar bloss auf die *lex Iulia et Papia Poppaea*[6]) bezogen, denn es bestand ja zur Zeit der klassischen Juristen principmässig noch die Republik[7]). Später aber dehnte man diese Regel immer entschiedener aus[8]). *Justinian* nahm jenen Satz geradezu ganz allgemein. Freilich gaben die römischen Kaiser wiederholt die Versicherung, sie würden sich thatsächlich auch selbst stets dem Gesetze unterwerfen[9]). Heutzutage entscheidet sich jene Frage nach den Verfassungen der einzelnen Staaten. Im Allgemeinen ist der Regent jetzt nur in politischer und strafrechtlicher Beziehung unverantwortlich, dagegen in privatrechtlicher Beziehung ganz den Gesetzen seines Landes unterworfen.

§. 23. Die Anwendung der Gesetze in örtlicher Beziehung[1]).

Die Frage, welches Recht anzuwenden sei, kann 1) in Folge des internationalen Verkehrs für Rechtsverhältnisse von Ausländern oder mit Ausländern entstehen, 2) aber auch ähnlich für Angehörige desselben Staates, wenn für verschiedene Landestheile desselben verschiedene Rechte gelten. Das gemeine Recht hat hier keine Regeln aufgestellt, und wir müssen daher unsere Fragen unmittelbar aus der Natur der Sache oder der juristischen Consequenz und nach dem Herkommen beantworten. Es ist daher im Einzelnen Vieles streitig. Wir suchen, wie dieses namentlich schon *Wächter* und *Savigny* gethan haben, bei jedem Rechtsverhältnisse nach dem Grunde desselben, um dasselbe nach den Gesetzen desjenigen Territoriums zu beurtheilen, worauf es seinen Sitz hat, und darnach müssen wir sagen:

I. Die Rechts- und Handlungsfähigkeit entscheidet sich nach dem Domicil[2]) der betreffenden Person. So z. B. die

5) L. 31. de legib. I. 3. — 6) S. u. §. 220. nr. V. — 7) Vgl. o. §. 16. — 8) S. §. 8. i. f. Inst. Quib. mod. test. inf. II. 17; l. 8. §. 2. Dig. de inoff. test. V. 2; l. 23. de legat. III. [32]; l. 7. Cod. Qui test. fac. VI. 22. — 9) §. 8. Inst. cit.; l. 4. Cod. de legib. I. 14; l. 3. Cod. de test. VI. 23.

§. 23. 1) Jos. Story, Comm. on the conflict of laws. II Vol. Boston 1834. 41; Schäffner, Entwickl. des internationalen Privatrechts. Frankf. 1841; Foelix, du droit international privé. Paris 1843. 47; Wächter, im Archiv f. civ. Pr. XXIV. 7. XXV. 1. 4. 12; Savigny, System VIII. §§. 347—82; Heffter, Völkerr. §. 35. 37 ff.; Walter, Deutsch. Privatr. §§. 40 ff.; Beseler, System §§. 38. 39; Bar, Das internat. Privat- u. Strafr. Hanover 1862; Schmidt, Die Herrschaft des Gesetzes nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen. Jena 1863; Böhlau, Mecklenburgisches Privatrecht. Rostock 1871. Bd. I. S. 270 ff. Bruns in Holtzendorffs Encycl. 2. Aufl. S. 328 f.

2) S. §. 58.

Frage über die Eigenschaften und rechtlichen Folgen des Geschlechtes, der ehelichen oder unehelichen Geburt, der väterlichen Gewalt, der Volljährigkeit oder Minderjährigkeit, die (persönlichen und in Ermangelung eines besonderen Vertrags auch die vermögensrechtlichen) Verhältnisse der Ehegatten, und endlich die testamentarische wie Intestat-Erbfolge. (Ueber die Form des Testaments vgl. aber unten Nr. III.)

Wenn Jemand sein Domicil wechselt, so tritt damit auch für seinen allgemeinen Rechtszustand das örtliche Recht des neuen Wohnsitzes ein. Nur kann in Folge dessen Niemand ein einmal wohlerworbenes Recht verlieren, und es kann daher der nach dem Rechte seines früheren Wohnsitzes grossjährig Gewordene nicht durch Veränderung des Domicils wieder minderjährig werden, und ebenso (obschon dies bisweilen noch bestritten wird) kann nicht durch nachherigen Wechsel des Domicils von Seiten des Mannes das eheliche Güterrecht abgeändert werden, welches (in Ermangelung eines darauf bezüglichen Ehevertrages) wie durch stillschweigenden Vertrag und kraft wohlerworbenen Rechtes jedes Theiles nach dem Gesetze des vom Manne bei der Eingehung der Ehe für diese zuerst in Aussicht genommenen also gewöhnlich des schon innegehabten Domicils sich richtet.

Ferner ist noch zu bemerken, dass niemals im Inlande solche ausländische Rechtssätze oder Rechtsinstitute Platz greifen können, welche absolut gebietenden oder verbietenden im höheren allgemeinen Interesse erlassenen inländischen Gesetzen widerstreiten. So gilt bei uns auch für Ausländer keine Sclaverei, keine Beschränkung der Rechtsfähigkeit wegen Religionsverschiedenheit[3]), kein bürgerlicher Tod, wenn auch nach dem ausländischen Rechte da und dort noch diese Dinge bestehen.

II. Wenn Sachen als Einzelnheiten, der Erwerb oder Verlust von dinglichen Rechten in Betracht kommen, stehen sie unter dem Gesetze des Ortes, wo sie sich befinden *(lex rei sitae)*. Dieses gilt auch für bewegliche Sachen; jedoch ist während eines Transportes derselben der demnächstige Bestimmungsort als ihr *locus rei sitae* anzusehen.

III. Für Rechtsgeschäfte, namentlich Obligationen, ist das Recht des Erfüllungsortes *(locus solutionis)* massgebend. Jedoch die Frage, ob eine Handlung erlaubt sei oder nicht, gehört dem öffentlichen Rechte an und muss daher nach dem Rechte des Ortes der Vornahme beantwortet werden; nur bleibt die nach dem inländischen Gesetze strafbare oder ungültige Handlung im Inlande

3) Vgl. u. §. 54.

strafbar oder ungültig, wenn sie bloss *in fraudem legis* in einem ausländischen Gebiete vorgenommen wurde, in welchem sie nicht verboten ist. Und was die Form von Rechtsgeschäften (Verträgen, wie letztwilligen Verfügungen) betrifft, so können diese gültig nach den Gesetzen des Ortes der Errichtung, oder statt dessen, wie ein entschiedenes Gewohnheitsrecht erlaubt, nach den Gesetzen des Erfüllungsortes (resp. bei Testamenten nach dem Gesetze des Domicils des Testators) eingerichtet werden.

IV. So oft Gerichtspersonen als solche zu einem Geschäfte zugezogen werden, haben diese sich stets der Formen zu bedienen, welche das Gesetz des Ortes vorschreibt, wo das Geschäft vorgenommen wird. Ebenso richten sich die prozessualischen Formen stets nach dem Gesetze des Ortes, wo der Prozess verhandelt wird.

§. 24. Die Anwendung der Gesetze in Ansehung der Zeit[1]).

I. Soweit nicht ein Gesetz selbst besondere Bestimmungen über den Zeitpunkt enthält, von welchem an es in Kraft treten soll, ist sein Inhalt schlechthin auf die Rechtsverhältnisse anzuwenden, welche nach der Publikation des Gesetzes entstanden *(futura)* sind. Dagegen fallen die bereits abgethanen *(praeterita)*, wie die noch schwebenden *(pendentia)* Rechtsverhältnisse nicht unter das neue, sondern unter das alte Gesetz. Die Gesetze haben keine rückwirkende Kraft. Ein auf Grund des bisherigen Rechtes gültig abgeschlossenes Geschäft (Vertrag, Testament) bleibt auch unter dem neuen Gesetze gültig, selbst wenn das neue Gesetz andere neue Erfordernisse aufstellen sollte. Auf Grund des seitherigen Rechtes wohlerworbene Rechte *(iura quaesita)* dürfen durch ein neues Gesetz nicht geschmälert werden. Als ein wohlerworbenes Recht gilt aber noch nicht die blosse Möglichkeit, auf Grund des alten Gesetzes dieses oder jenes Recht (z. B. eine Erbschaft) erwerben zu können, sondern es gehört dazu, dass auf Grund des bestehenden Rechtes bereits das fragliche Recht selbst erworben ist (z. B. dass auf Grund des seitherigen Rechtes eine Erbschaft schon selbst deferirt ist).

Schwierigkeit macht es, wenn während einer im Laufe begriffenen Verjährung *(usucapio, non usus,* Klagenverjährung) ein neues Gesetz mit veränderten Verjährungsfristen erscheint. Einige wollen hier schlechthin das neue Gesetz anwenden. Richtiger ist es aber wohl,

§. 24. 1) Savigny, System. VIII. §. 383—400; Vangerow, Pand. I. §. 26; Keller, Pandekten §. 13.; Bruns a. a. O. S. 326 ff.

das alte Recht auf die vergangene Zeit, das neue Recht auf die künftige Zeit für den Ablauf der Verjährungsfrist anzuwenden. Wenn also z. B. beim Erlasse des neuen Gesetzes die Hälfte der Verjährung nach altem Recht verflossen ist, so ist die andere Hälfte nach dem neuen Gesetze zu bemessen. (Eine analoge Entscheidung enthält Novelle 119 cap. 8 für die Berechnung einer *praescriptio*, die theils *inter praesentes*, theils *inter absentes* stattfindet.)

II. Ausnahmsweise haben Gesetze eine rückwirkende Kraft:

1) wenn bisherige Rechtsinstitute (z. B. Sclaverei oder Leibeigenschaft, Zehnten oder andere Reallasten, Verjährung dieses oder jenes Rechtes) durch ein neues Gesetz ganz aufgehoben oder umgewandelt werden; es werden dann dadurch nothwendig auch wohlerworbene Rechte aufgehoben.

2) Wenn das neue Gesetz ausdrücklich die Rückziehung vorschreibt, so gilt es zwar nicht für die schon abgethanen *(praeterita)*, wohl aber gilt es für die noch schwebenden *(pendentia)* Fälle. Jedoch kann ein Gesetz mit der Klausel der rückwirkenden Kraft nicht bei den bereits in der Appellationsinstanz schwebenden Sachen angewandt werden; denn der Oberrichter hat nur zu entscheiden, ob der Unterrichter richtig nach dem damals geltenden Gesetze entschieden habe.

3) Eine authentische Interpretation (s. folg. §.) wirkt aber noch weiter als die Klausel der Rückziehung des Gesetzes, denn sie ist auch in der Appellationsinstanz anzuwenden.

§. 25. Die Auslegung der Gesetze[1]).

I. Die Auslegung der Gesetze ist entweder eine †*legalis*, d. h. eine solche, die Gesetzeskraft hat, oder eine †*doctrinalis*, d. h. die vom Richter und Gelehrten ausgeht und bloss Bedeutung hat, insofern sie die Wahrheit trifft. Die *legalis* ist entweder eine †*usualis*, d. h. durch Gewohnheitsrecht herbeigeführt, oder eine †*authentica*, d. h. durch ein neues Gesetz geschehen. Sollte nun eine authentische Interpretation in Wirklichkeit sogar neue Bestimmungen enthalten, so gelten diese dennoch so, als hätten sie von Anfang an in dem Gesetze gestanden, und es müssen alle noch nicht völlig erledigten, namentlich auch die noch in der Appellationsinstanz schwebenden Rechtssachen, nach der authentischen Interpretation bemessen werden; die authentische Interpretation hat also vollständig rückwirkende Kraft.

§. 25. 1) Vangerow §. 23—25; Lang, Beiträge zur Hermeneutik des röm. Rechts 1857; Burchardi, Die Wissenschaft und Kunst der Rechtsfindung oder die jurist. Hermeneutik. Kiel 1869.

II. Bei der doctrinellen Interpretation ist die erste Aufgabe: die Feststellung der Authenticität des Gesetzes und des richtigen Textes, die Kritik. Hierbei wählt man entweder unter den verschiedenen vorhandenen Lesarten eine aus *(niedere Kritik — diplomatische Kritik)*, oder ausnahmsweise nimmt man aus wichtigen Gründen eine Lesart, die sich in keiner Handschrift oder Ausgabe findet, als die richtige an. *(Conjectural-Kritik)* [2]). Letzteres darf aber nur mit grosser Vorsicht geschehen.

III. Hat man den richtigen Text gefunden, so nimmt man zuerst die gewöhnliche natürliche Bedeutung der Worte an *(grammatische Interpretation)*. Führt dieses nicht zum Ziele, so sucht man einen andern Sinn, der zwar nicht der nächste Wortsinn, aber doch mit dem Wortlaute vereinbar ist und aus besonderen Gründen sich als der richtige vom Gesetzgeber gewollte Sinn herausstellt *(logische, berichtigende Interpretation)*. Anhaltspunkte für letztere geben z. B. der Zweck des Gesetzes *(ratio legis)*, die äussere Veranlassung *(occasio legis)*, der innere Zusammenhang der einzelnen Bestimmungen des Gesetzes oder des neuen Gesetzes mit dem früheren Rechte u. dgl.

IV. Das Resultat der logischen Interpretation kann sein:

1) Dass der Gesetzgeber sich zu eng ausgedrückt hat, d. h. mehr Fälle unter dem Gesetz begreifen wollte, als dem strengen Wortlaut nach darunter fallen (ausdehnende, erweiternde, † extensiva interpretatio). Bei dieser ausdehnenden, ergänzenden Auslegung vervollständigt man auch mitunter den Gedanken des Gesetzgebers, den dieser nicht in seiner Vollständigkeit und völligen Klarheit erfasst und ausgedrückt hatte [3]).

2) Das Resultat der logischen Interpretation kann auch umgekehrt dieses sein, dass nach der Ansicht des Gesetzgebers weniger Fälle unter das Gesetz zu beziehen sind, als dieses nach dem nächsten Wortsinn desselben scheint (einschränkende, † restrictiva interpretatio), oder

3) dass der Inhalt des Gesetzes auf einen anderen Gegenstand geht, als worauf die grammatische Interpretation hinweist (abändernde Interpretation) oder endlich

4) dass sonst eine Unklarheit über die Intention, den Gedanken, die Tragweite des Gesetzes, über einzelne Ausdrücke desselben

2) Beispiele s. m. bei Arndts, Pandekt. §. 9. Anm. 3. der 7. Aufl.

3) Es ist nicht passend, hier schon von (Gesetzes-) Analogie (s. u. nr. VII.) zu reden, denn es handelt sich hier nicht um Uebertragung des Gesetzes auf eine andere Sphäre, sondern nur um die Anwendung des Gesetzes in der Sphäre, wofür es bestimmt ist. Vgl. Windscheid, Pand. I. §. 22.

durch die logische Interpretation gehoben wird (erklärende † declarativa interpretatio).

V. Man darf annehmen, dass ein Gesetzgeber seine Worte möglichst sorgfältig abgewogen habe, und wenn er daher eine Entscheidung an gewisse besondere Merkmale und Voraussetzungen geknüpft hat, so darf man daraus den Schluss ziehen, es müsse beim Mangel dieser Merkmale und unter entgegengesetzten Voraussetzungen eine entgegengesetzte Gesetzesbestimmung Platz greifen. Man nennt diese Schlussfolgerung: † *argumentum a contrario*. Beispiele davon bieten die Quellen z. B. in folgenden Sätzen: Cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat[4]), und: Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis[5]). Jedoch drücken sich die Gesetzgeber in Wirklichkeit oft nicht genau genug aus, so dass man desshalb nicht den vollen Beweis eines Rechtssatzes auf ein blosses argumentum a contrario stützen kann. Auch haben die röm. Juristen in den Pandektenstellen oft gerade nur an einen bestimmten ihnen vorliegenden Fall gedacht, oder nur diesen behandeln wollen, so dass darum darin, dass sie eine Rechtsregel bloss mit Rücksicht auf diesen einen Fall hervorheben, noch nicht eine Ausschliessung desselben für andere Fälle liegt. *(† Unius positio non est alterius exclusio.)*

VI. *Iura specialia* und *singularia* und correctorische, d. h. theilweise Aenderungen des bestehenden Rechtes enthaltende Gesetze, sind stricte zu interpretiren, d. h. im Zweifel in dem Sinne, wie sie am wenigsten von dem ius generale und commune und dem bisherigen Rechte abweichen, indem dieses in Kraft bleibt, so lange und so weit seine Aufhebung nicht feststeht.

VII. Allgemein zulässig und nach den Grundsätzen folgerichtigen Denkens gerechtfertigt ist auch die Analogie oder ausdehnende Erklärung, d. h. die Uebertragung eines Gesetzes oder Gewohnheitsrechtes auf Fälle in derselben Sphäre, in denen derselbe Rechtsgrund vorliegt (propter paritatem rationis), oder die Anwendung des Grundsatzes: † Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio. Ausgeschlossen ist aber die Analogie wieder bei den iura specialia und singularia, weil diese nicht auf allgemeinen Gründen beruhen, sowie auch bei Gewohnheitsrechten, deren Entstehung auf einem Irrthum beruhte.

L. 39. de legib. I. 3.: Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est (d. h. Gewohnheitsrecht geworden i. t) in aliis similibus non obtinet. Manche, z. B. auch Windscheid §. 16. Note 3. legen diese Stelle gegen ihren klaren Wortsinn dahin aus, dass darnach eine auf Irrthum ruhende Uebung überhaupt ausgeschlossen sein soll.

4) L. 22. D. de legib. I. 4. — 5) L. 20. §. 6. D. qui test. facere poss. XXVIII. 1.

§. 26. Die Aufhebung der Gesetze.

I. Diese tritt ein:

1. Wenn und so lange der Gegenstand des Gesetzes aufhört. 2. Durch Ablauf der Zeit, für welche etwa das Gesetz erlassen ist. 3. Durch entgegenstehendes Gewohnheitsrecht *(consuetudo contraria, desuetudo)*[1]. 4. Durch ein neues Gesetz mit entgegengesetztem Inhalte wird das frühere von selbst aufgehoben *(lex posterior derogat legi priori)*. Man unterscheidet hier: *legem abrogare*, d. h. das frühere Gesetz ganz aufheben; *derogare*, d. h. einen Theil desselben aufheben; *subrogare*, d. h. das frühere Recht durch Zusätze modificiren; *obrogare*, d. h. einen Theil des früheren Gesetzes durch andere Normen ersetzen[2].

II. Wenn eine neue *lex generalis* ergeht, so bleiben daneben die Ausnahmen von der früheren Regel bestehen, d. h. es tritt die neue lex generalis nur an die Stelle der früheren *lex generalis*, aber † *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, d. h. die alte lex specialis bleibt neben der neuen lex generalis in Kraft[3]. Etwas davon Verschiedenes ist es, wenn durch ein neues Gesetz ein neues Princip aufgestellt wird; dann fallen mit dem früheren Princip auch die Consequenzen desselben hinweg, sollten dieselben, abgesehen davon, dass sie sich als logische Auslegung des alten Gesetzes ergeben, auch im Einzelnen noch ausdrücklich in Form besonderer Gesetze vorgeschrieben gewesen sein.

III. Der Wegfall des Grundes eines Gesetzes, der Veranlassung, des Zweckes etc. hebt noch nicht das Gesetz auf *(† cessante ratione legis non cessat lex ipsa)*, sondern es soll dieses nur für den Gesetzgeber eine Veranlassung bilden, das Gesetz aufzuheben.

§. 26. 1) Vgl. o. §. 20. S. 34. — 2) Ulp. I. 3; l. 102. de V. S. — 3) Argumento legis 41. de poenis. XLVIII. 19; legis 80 de R. J.

Kapitel II.

Die Bearbeitungen und Sammlungen des römischen Rechts.

§. 27. Die römischen Juristen in ihrer Aufeinanderfolge[1]).

I. Die Reihe der römischen juristischen Schriftsteller eröffnet der pontifex maximus *Sextus Papirius* um 244 d. St. mit seiner Sammlung der leges regiae[2]). Dann folgen die Redaktoren des XII Tafelngesetzes vom Jahre 302—304 d. St.[3]), unter denen wir hier bloss den *Appius Claudius* erwähnen, der sowohl an der Abfassung der 10 ersten, wie der beiden Ergänzungstafeln Theil nahm[4]). Hiernächst ist zu erwähnen der Urenkel des Decemvirn gleichen Namens, *Appius Claudius Caecus Centimanus* und dessen Scriba *Gnaeus Flavius*[5]) aus der Mitte, und der schon[6]) genannte *Tiberius Coruncanius* aus dem Ende des 5. Jahrhunderts d. St.

II. Von einer eigentlich juristischen Literatur kann man wohl erst seit *Sextus Aelius Paetus* in der Mitte des 6. Jahrhunderts d. St. reden, der eine Actionensammlung *(ius Aelianum)*[7]), einen XII Tafeln-Commentar *(Tripertita)*[8]) und vielleicht auch *Commentarii iuris civilis* verfasste, welche jedoch von einigen späteren römischen Juristen einem anderen Aelius Catus, der dem Sextus Catus nacheiferte, zugeschrieben wurden. Um dieselbe Zeit erschienen nun eine grosse Zahl wissenschaftlicher Arbeiten von *M. Porcius Cato Censorius* († i. J. 605 d. St.)[9]) und dessen Sohn *M. Porcius Cato Licinianus* († 601), der *de iuris disciplina* schrieb und der Urheber der *Regula Catoniana*[10]) war. Aus dem Anfang des

§. 27. 1) Pomponius *libro singulari Enchiridii*; cf. l. 2. §. 35—47. Dig. de origine iuris I. 2. — Puchta, Institutionen §. 96—104; Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. I. §. 76—103; Rudorff, Röm. Rg. I. §. 64—77; Sanio, Zur Gesch. der röm. Rechtswissenschaft. Königsberg 1858; Bremer, Die Rechtslehrer und Rechtsschulen im röm. Kaiserreich. Berlin 1868. — 2) S. §. 28. nr. 1. — 3) S. §. 28. nr. 2. — 4) Ausführliches bei Puchta, Inst. §. 53 f. Rudorff, Rg. I. §. 93 f. — 5) Vgl. §. 28. nr. 3. — 6) Oben §. 18. nr. 1. — 7) S. u. §. 28. nr. 4. — 8) S. u. §. 28. nr. 2. — 9) S. oben §. 18. nr. I. — 10) S. unten §. 277. nr. IV.

7. Jahrh. d. St. sind als juristische Schriftsteller zu erwähnen: *M. Manilius* (Consul i. J. 605 d. St.), *M. Junius Brutus*, *Publius Mucius Scaevola* (Consul 521) und *T. Licinius Crassus*, *Mucianus Dives* (Consul 622), und *Publius Rutilius Rufus*, (i. J. 636 d. St. Prätor, 649 Consul, 661 verbannt und Bürger von Smyrna), der als Prätor wohl die *Rutiliana constitutio*[11]) und *formula*[12]) und das Edict über die Patronatrechte[13]) erliess.

III. In der Mitte des 7. Jahrh. war der bedeutendste Jurist *Quintus Mucius Scaevola*, der Sohn des Publius Scaevola und zu unterscheiden von dem Consul des J. 637, Q. Mucius Scaevola Augur, der keine juristischen Schriften hinterliess. Der grosse Q. Mucius Scaevola, welcher wie Pomponius[14]) sagt, „*ius civile primus constituit*", war im J. 659 d. St. Consul, dann Proconsul Asiens, endlich *pontifex maximus* und kam in den Marianischen Unruhen 671 um. Sein Hauptwerk, wodurch er Epoche machte, war ein umfassendes System, die *libri 18 iuris civilis*, zu welchen Servius Sulpicius, Laelius Felix, Gaius und Pomponius[15]) Noten und Commentare verfassten. Ein anderes Werk von Q. M. Scaevola, der *liber singularis* ὅρων (Definitionum, kurzgefasster Rechtsregeln) ist das älteste, aus welchem (4) Fragmente in Justinian's Pandekten aufgenommen sind. Er ertheilte zwar keinen förmlichen Rechtsunterricht[16]), aber viele seiner jüngeren Zeitgenossen verdankten doch vorzüglich seinen Unterweisungen ihre juristische Ausbildung. So *Sextus Papirius*, *C. Iuventius*, *L. Lucilius Balbus*, und namentlich auch *Cicero* und *C. Aquilius Gallus* (688 d. St. Prätor), der Urheber der *formula de dolo*[17]), sowie der *stipulatio Aquiliana*[18]) und *postumorum institutio*[19]).

IV. Noch bedeutender als Q. Mucius war nach dem Zeugnisse Cicero's[20]) *Servius Sulpicius Rufus* (Consul 703, † 711), ein Schüler des Balbus Lucilius und des Aquil. Gallus. Er hinterliess an 180 Bücher, darunter die erste Schrift über das Edict und eine über die XII Tafeln[21]), Noten zum Q. Mucius, eine Schrift *de dotibus* und eine *de sacris detestandis*. Auch unterrichtete er zahlreiche Schüler, deren Schriften *Aufidius Namusa* in einem Thesaurus von 140 Büchern *(Coniectanea*, *Servii Auditores)* sammelte. Der berühmteste Schüler des Servius war *Aulus Ofilius*, der von seinem Freunde Cäsar bereits mit einer Codification des

11) Fragm. Vat. §. 1. — 12) Gai. IV. 35. — 13) L. 1. §. 1. Dig. de bon. lib. XXXVIII. 2. — 14) Pomp. l. 2. cit. §. 41. S. o. §. 18. nr. I. — 15) Ad Q. Mucium lectionum libri 39. — 16) Cf. Cic. Brut. 89. — 17) S. u. §. 80. gegen Ende. — 18) S. u. §. 195. nr. IV. — 19) S. u. §. 257. nr. II. b. — 20) Brut. 41. 42. — 21) S. o. §. 17; §. 28. nr. 2.

Rechts beauftragt war, die aber bei der Ermordung Cäsars unterblieb. *Ofilius* schrieb *libri XX. de legibus*, *libri iuris partiti*, *de actionibus*, *de iurisdictione*, und zwar war das letztere Werk der erste ausführliche Commentar zum prätorischen Edicte.

Ein anderer Schüler des Servius war *Alfenus Varus* mit dem Zunamen *Catus*, der eine systematische Responsensammlung *(Digestorum libri quadraginta)* verfasste, die in die Sammlung des Aufidius Namusa aufgenommen wurde, und wovon Paulus einen Auszug verfertigte.

C. Trebatius Testa, dem Cicero seine *Topica* zueignete, ein Schüler des A. Cornelius Maximus, wurde noch von Augustus zu Rath gezogen, und schrieb de iure civili, und 9 oder 10 Bücher de religionibus, die schon sein Schüler Labeo öfters widerlegte.

Von *Aulus Cascellius*, einem republikanischer Unabhängigkeit zugeneigten Schüler des Q. Mucius und eines Volusius oder Volcatius, rührt wahrscheinlich das iudicium Cascellianum her[22]), und war zu Pomponius Zeit noch ein *liber bene dictorum* übrig.

Q. Aelius Tubero, ebenfalls gegen Ende der Republik, hinterliess zahlreiche juristische, aber in affektirtem Tone verfasste und darum unbeliebte Schriften, darunter *de officio iudicis*.

Ein Rechtswörterbuch *(de verborum, quae ad ius civile pertinent significatione)* verfasste in der Zeit nach 747 d. St. *C. Aelius Gallus*.

V. Mit dem Ende der Republik beginnt nun die Glanzperiode der römischen Rechtswissenschaft, die sogen. klassische Jurisprudenz[23]). Die Literatur dieser Zeit zerfällt in folgende Klassen:

1) Werke über das ganze Rechtssystem. Dahin gehören die zahlreichen Commentare (z. B. von *Pomponius*, *Ulpian*, *Paulus*) zu den unter Tiberius von *Massurius Sabinus*[24]) verfassten *tres libri iuris civilis*, ferner die *libri Digestorum* von *Salv. Iulianus*, *Marcellus*, *Celsus*, *Quint. Cerv. Scaevola*.

2) Commentare zu einzelnen Rechtsquellen. So zu den XII Tafeln[25]), zum Edicte[26]).

3) Neue Bearbeitungen der Schriften bedeutender älterer Juristen durch Veranstaltung neuer Ausgaben mit Noten, wie dies namentlich mit den Schriften von Q. Muc. Scaevola, Papinian und Paulus geschah; ferner durch grössere Commentare zu den Schriften älterer Juristen und durch Auszüge *(epitomae)* aus älteren Werken, wie solche namentlich aus den Schriften Labeo's gemacht wurden.

22) S. u. §. 114. nr. II. 15. — 23) S. o. §. 18. S. 31. — 24) S. u. S. 48. nr. 7. — 25) S. folg. §. nr. 2. — 26) S. folg. §. nr. 5.

4) Zahlreiche Monographien, worin einzelne Gegenstände des Rechts ausführlich behandelt wurden. In dieser Beziehung sind besonders *Gaius*, *Paulus*, *Ulpian* und *Modestinus* sehr thätig gewesen. Oefters wurden auch verschiedene Abhandlungen über einzelne Punkte in einem Werke gesammelt. Die Titel solcher Sammlungen waren *disputationes*, *quaestiones*, *pandectae*, *variae lectiones*, *membranae*, *manualia*, *differentiae*, *res quotidianae* (so von *Gaius*), *ambiguitates*.

5) Zahlreich und umfassend ist die casuistische Literatur (epistolae, responsa, casus), d. h. die Zusammenstellung wichtiger Rechtsfälle mit daran geknüpfter Besprechung und Entscheidung.

6) Eigentliche Lehrbücher erschienen in doppelter Art. Eine Art stellte nämlich die Elemente des Rechts in mehr entwickelnder Weise zusammen. Solche Werke hiessen *libri Institutionum*, unter denen die wichtigsten die des *Gaius*, und nächst diesen die des *Ulpian*, *Paulus*, *Marcian* und *Florentinus* sind. Die zweite Art reihte in mehr aphoristischer Weise die Elemente des Rechtes kurz aneinander. Für solche Bücher war der Name *libri regularum* gebräuchlich, worunter die von *Ulpian* am bekanntesten waren. Es gehören hierher auch *Papiniani libri definitionum*, und *Pauli libri sententiarum*.

Am bedeutendsten sind die römischen Juristen als Casuisten, indem sie mit unvergleichlicher logischer Schärfe einzelne Rechtsfälle entschieden, und als Interpreten, indem sie aus einem gegebenen Gesetze neue Rechtssätze entwickelten. Die schwache Seite der röm. Juristen war ihre Systematik, ihre Definitionen und Eintheilungen des Stoffes. Die Sprache der klassischen Juristen ist kein ciceronianisches Latein, zeichnet sich aber durch kernige, kurz bezeichnende Ausdrücke aus.

7) Unter Augustus bildeten sich 2 Rechtsschulen, von denen die eine, die der *Sabinianer*, sich dadurch hauptsächlich charakterisirte, dass sie der sich neu entwickelnden Militärmonarchie der Kaiser huldigte, während die andere Schule, die der *Proculianer*, bei jeder Gelegenheit den rechtlichen Fortbestand der Republik vertheidigte und desshalb auch der Autonomie der einzelnen Bürger einen grösseren Spielraum vindicirte. Dieser Gegensatz der beiden Schulen musste sich verlieren, als sich die Monarchie mehr und mehr befestigte und zugleich der wissenschaftliche Geist mehr und mehr abnahm. Der Stifter der Sabinianischen Rechtsschule war *Ateius Capito*, ein Schüler des *Ofilius*, des Freundes *Cäsar's*, und sein Schüler war *Massurius Sabinus*, der von Tiberius ernannte erste Respondent, der bis in sein hohes Alter in Dürftigkeit lebte, erst dann zu Ansehen kam und der Schule den

Namen gab und noch unter *Nero* das Haupt derselben war. *Capito* hielt sich streng an die Ueberlieferungen seines Lehrers *Ofilius*. Mit Unrecht hat man aber daraus gefolgert, die *Sabinianer* hätten sich stets streng an den Buchstaben des Gesetzes gehalten, während die *Proculianer* mehr frei aus dem Geiste der Gesetze argumentirt hätten[27]). Dieses letztere war eine persönliche Eigenschaft des *M. Antistius Labeo*[28]), des Lehrers des *Sempronius Proculus* und Stifters der Proculianischen Schule. *Labeo* war ein Schüler des *Trebatius*, hatte aber auch bei allen anderen Rechtslehrern seiner Zeit gehört, war auch in allen anderen Fächern des Wissens unterrichtet, und hatte bei seinem grossen Genie die Wissenschaft durch eine Menge neuer Ansichten bereichert. Aus dieser von *Pomponius*[29]) gemachten Schilderung der Persönlichkeiten der Stifter der Schulen hat man oft mit Unrecht auf gleiche persönliche Eigenschaften ihrer Schüler schliessen wollen[30]).

Welche Juristen der einen und welche der anderen Schule angehörten, lässt sich nur für die erste Zeit bestimmen. *Pomponius*[31]) zählt als *Proculianer* auf: nächst dem Stifter *Labeo* und dessen bedeutendstem Schüler *Proculus*, den *Nerva*, Vater und Sohn, (diese 3 letzteren pflegt *Gaius* als Hauptrepräsentanten der Proculianischen Schule anzuführen), den *Pegasus*, *Celsus*, den *Juventius*, Vater und Sohn, welcher letztere besonders berühmt war, und den *Neratius Priscus*; als *Sabinianer:* den Stifter *Capito* und dessen Schüler *Massurius Sabinus*, den *Cassius Longinus*, *Caelius Sabinus*, *Priscus Javolenus*, *Aburius Valens*, *Tuscianus*, *Salvius Julianus*. Ferner gehören hierher des letzteren Zeitgenosse *Sextus Pomponius*, vielleicht auch noch Julian's Anhänger oder Schüler *Sextus Caecilius*, *Africanus*, *Vinidius Verus*, *Terentius Clemens*, *Junius Mauricianus*, *Claudius Saturninus*, *L. Volusius Maecianus*, und endlich mit Gewissheit als Einer der letzten Sabinianer *Gaius*. *Nostri praeceptores* nannte er die Sabinianer im Gegensatz zu den *diversae scholae auctores*, womit er die Proculianer bezeichnete[32]).

VI. Wir wenden uns zu den klassischen Juristen im Einzelnen: 1. von *Augustus* bis *Nero* (70 n. Chr.). Der Gegensatz der beiden Rechtsschulen, die seit Augustus bis zu den Antoninen in Rom bestanden, der der Sabinianer und der der Proculianer, wirkte gewiss auch fördernd und anregend für die Rechtswissenschaft. Wir

27) Ein Beispiel des Gegentheils vgl. §. 124. nr. II. 2. a. — 28) Marcus Ant. Labeo, Das röm. Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit, von Dr. Alfr. Pernice. I. Bd. Halle 1873. Vgl. auch u. §. 51. Note 2. — 29) L. 2. §. 47. de O. J. I. 2. — 30) Vgl. dagegen Rudorff, Röm. Rg. I. §. 71. — 31) L. 2. §. 47. Dig. de O. J. — 32) Vgl. Rudorff, Röm. Rg. I. §. 66—70. Ueber Gaius vgl. u. S. 52.

zählten eben die Juristen der einen und der anderen Schule auf, und sprachen namentlich schon von *Ateius Capito* und dessen Schüler *Massurius Sabinus*, den Gründern der Sabinianischen, und von *Antistius Labeo* und dessen Schüler *Proculus*, den Gründern der Proculianischen Rechtsschule.

Von den Schriften des *Ateius Capito* (Coniectanea, libri de pontificio iure, liber de officio senatorio) sind in den Pandekten Justinian's keine mehr benutzt. Das berühmteste Werk des *Massurius Sabinus* sind seine libri tres iuris civilis; sie wurden vielfach commentirt, namentlich von *Ulpian*, *Pomponius*, *Paulus*. Diese 3 Commentare bilden den Kern des Sabinianischen (und sonstigen civilrechtlichen) Dritttheils der Pandekten[33]). *Fabius Mela*, der *Digesta* in mindestens 38 Büchern verfasste, war wahrscheinlich ein Anhänger und Zeitgenosse Labeo's. *M. Cocceius Nerva*, von dem einige Ansichten, aber keine Bücher erwähnt werden, war ein Schüler Labeo's; er wählte den freiwilligen Hungertod, aus Kummer über die fortschreitende Grausamkeit seines Freundes, des Kaisers Tiberius. Sein Sohn, *Nerva Filius*, dessen Werk *de usucapionibus* Papinian erwähnt, soll schon in seinem 17. Jahre respondirt haben und stand unter Nero in sehr hohem Ansehen.

C. Cassius Longinus, ein Schüler des Sabinus und nach diesem das Haupt der Schule, war ein Urenkel des berühmten Servius Sulpicius, ein fester Charakter und tüchtiger Staatsbeamter, wurde von Nero verbannt, von Vespasian zurückgerufen, und starb unter des letzteren Regierung. Sein grosses Werk über das *ius civile* wurde von *Javolenus Priscus* in 15 Büchern excerpirt, und von *Aristo*, dem Schüler des Cassius, commentirt.

Von *Urseius Ferox*, *Cartilius*, *Attilicinus*, *Fufidius*, die ebenfalls dieser Periode angehören, wissen wir nichts Näheres über ihre Lebensumstände.

2. Von *Vespasian* bis *Domitian*, (70—100 n. Chr). Aus dieser Zeit sind insbesondere zu nennen: der Sabinianer *Caelius Sabinus* (liber de Edicto Aedilium curulium), *Pegasus*, ein bedeutender Proculianer, und *Juventius Celsus* der Vater; *Plautius*, der Verfasser eines Rechtssystems, woraus in den Pandekten selten Stellen vorkommen, desto häufiger aber aus den Commentaren dazu (libri ad Plautium), die Javolenus, Pomponius und besonders Paulus (in 8 Büchern) schrieben.

3. Unter *Domitian* bis *Hadrian*, im ersten Drittel des 2. Jahrhunderts n. Chr. etwa lebten:

Der Sabinianer *Priscus Javolenus*, der nach Plinius d. J. öfters

33) S. u. §. 29.

an periodischem Wahnsinn litt, dessen Geistesschärfe dadurch aber jedenfalls nicht gelitten hat. Von ihm sind libri XV ex Cassio, Epistolarum libri XVI, ad Plautium oder ex Plautio libri V, libri ex Posterioribus Labeonis oder Posteriorum Labeonis a Javoleno epitomatorum.

Der Proculianer *Juventius Celsus*, berühmter als sein Vater, eine auch politisch bedeutende Persönlichkeit, stand wie Nerva, mit dem er sich gegen Domitian verschworen hatte, im grössten Ansehen. Er war in seiner Redeweise als derb bekannt, und die Neueren haben als grobe Antwort die *Responsio Celsina*[34]) auf eine einfältige Frage des Domitius Labeo *(quaestio Domitiana)* sprüchwörtlich gemacht[35]). Er verfasste Digestorum libri XXXIX, und mindestens VII libri Commentariorum, XI libri Epistolarum, XIX libri Quaestionum.

Priscus Neratius, — der letzte Proculianer, so viel wir wissen, — war mit Trajan sehr befreundet, der ihn fast zu seinem Nachfolger gemacht hätte. Berühmt sind seine Membranarum libri VII. Er schrieb ausserdem Responsorum libri III, Regularum libri XV, libri ex Plautio, libri Epistolarum, liber de nuptiis.

Minucius Natalis, an den Trajan ein Rescript erliess[36]), ist besonders aus Julian's Commentar (libri ad Minucium) bekannt, woraus 40 Stellen in den Pandekten vorkommen.

Endlich von folgenden 7 Juristen wissen wir noch, dass sie nicht nach Hadrian gelebt haben; *Laelius Felix*, bei Gellius als Commentator des Q. Mucius und Epitomator des Labeo genannt; *Octavenus*, wahrscheinlich Verfasser eines Werkes über die lex Papia; *Valerius Severus; Arrianus* (de interdictis), vielleicht der bekannte Redner unter Trajan; *Priscus Vulcinius*; *Vivianus* schrieb nach Sabinus, Cassius, Proculus, aber früher als Pomponius über das Edict, auch über das aedilicische, und Quaestiones; *Sextus Pedius* schrieb in der Zeit nach Ofilius und Sabinus, aber vor Julian und Pomponius mindestens 25 libri ad Edictum und mehrere Bücher de stipulationibus.

4. Unter *Hadrian* und den beiden *Antoninen* (120—170 n. Chr.) zeichneten sich aus, sämmtlich als Sabinianer:

Mucius Valens (Actiones, libri fideicommissorum) und *Tuscianus*, beide Nachfolger des Javolenus. *Salvius Julianus*, einer der hervorragendsten Juristen, der Redactor des edictum perpetuum Hadrianeum[37]). Er schrieb Digestorum libri XC, woraus

34) In l. 27. Dig. qui test. fac. poss. XXVIII. 1. — 35) Vgl. Puchta, Inst. I. §. 99. n. — 36) L. 9. D. de fer. II. 12.; cf. Plin. ep. VII. 12. — 37) S. o. §. 17. S. 29 u. d. folg. §. nr. 5; Mommsen, Ueber Julian's Digesten, in der Zeitschr. f. Rg. Bd. 9. 82 ff.

376 Stellen in Justinians Digesten übergingen, auf die auch der Name und Plan einwirkte; er schrieb ausserdem libri VI ad Minucium Natalem, libri IV ad Urseium Ferocem, und einen liber singularis de ambiguitatibus.

Sextus Pomponius, ein Zeitgenosse Julian's, einer der fruchtbarsten Schriftsteller, aus dessen Schriften 585 Excerpte in den Pandekten aufgenommen sind. Von ihm sind namentlich verfasst: Enchiridii liber singularis[38]), Enchiridii libri II, ad Q. Mucium Lectionum libri XXXIX, ad Sabinum libri XXXV, Epistolarum libri XX, variarum lectionum libri XV, ex Plautio libri VII, fideicommissorum libri V, Senatus consultorum libri V, regularum liber singularis, libri ad edictum (mindestens 79 N.) de stipulationibus, Digestorum ab Aristone libri[39]).

Mit Pomponius war einer der letzten Sabinianer *Gaius* unter Hadrian, Pius, Marc Aurel[40]). Seine näheren Lebensumstände sind nicht bekannt. Vielleicht war Gaius ein Freigelassener, oder wie mit Mommsen Viele in neuerer Zeit vermuthet haben, ein asiatischer Provincialjurist. Er ist wohl nicht in einer öffentlichen Stellung in Rom thätig gewesen, namentlich kein autorisirter Respondent gewesen. Neuestens machte *Dernburg*[41]) in einer mit vielem Scharfsinn verfassten Schrift wahrscheinlich, Gaius sei ein Rechtslehrer in Rom gewesen. Jedenfalls wurden seine Schriften, namentlich seine Institutionen wegen ihrer Klarheit und Fasslichkeit allgemein beim Studium zu Grunde gelegt. Zuerst als officielle Auctorität anerkannt wurde er in dem sog. Citirgesetze von Theodosius II.[42]). Von seinen Schriften sind 535 Stellen in den Pandekten aufgenommen. Wir besitzen von ihm aber auch, wenngleich mit manchen Lücken, noch ein ganzes Werk: Die Institutionum Commentarii IV[43]). Der Grundgedanke dieses unter Marc Aurel verfassten Lehrbuchs, welches bald allgemein beim Rechtsunterricht gebraucht wurde und Justinian's Institutionen hauptsächlich zu Grunde liegt, war[44]): „*Omne ius, quo utimur, vel ad personas pertinet* (d. i. die Lehre von den Voraussetzungen und dem Mangel und den verschiedenen Gestaltungen der Persönlichkeit) *vel ad res* (d. h. das ganze Vermögensrecht, Eigenthum, Erbrecht, Obligationenrecht) *vel ad actiones*“ (d. h. die gerichtliche Geltend-

38) Woraus die l. 2. D. de origine iuris, für die Zeit bis auf Hadrian die Hauptquelle für die römische Rechtsgeschichte, geschöpft ist, s. o. S. 49; §. 18. S. 30. — 39) Noten zu Aristo. — 40) §. 18. S. 31. — 41) „Die Institutionen des Gaius, ein Collegienheft aus dem Jahre 161 n. Chr.“ Halle 1869. S. 80 ff. — 42) Vgl. o. §. 18. nr. III. — 43) S. o. §. 3. nr. III. 1. S. 8. — 44) Vgl. Gai. I. 8.; pr. Inst. de iure person. I. 3.; I. 1. Dig. de statu hominum. I. 5.

machung der Rechte). Dieses System ist in vielen späteren Werken, in Marcian's Institutionen, in Ulpian's Regularum liber singularis, in Hermogenian's Epitomae, in Justinian's Institutionen, und, wenngleich mit einigen Aenderungen, auch in Justinian's Digesten befolgt worden. Gaius selbst hat jenes System auch in seinen *Rerum quotidianarum sive Aureorum libri VII* benutzt[45]). Gaius schrieb ferner: Ad legem XII. tabl. libri VI, ad legem Juliam et Papiam libri XV, ad legem Gliciam (Falcidiam), ad S. C. Orfitianum, ad S. C. Tertullianum, ad Edictum Aedilium curulium, libri XXXII, ad Edictum provinciale, liber (singularis und libri III.) Regularum; libri III de verborum obligationibus, libri III de manumissionibus, libri II fideicommissorum, libri singulares dotalitiorum (de re uxoria?), de tacitis fideicommissis, de formula hypothecaria, de casibus (d. h. von gewissen Ausnahmsfällen, nicht Rechtsfällen, da Gaius keine Responsa ertheilte).

Mehr oder weniger Anhänger oder Schüler Julian's waren:

Sextus Caecilius Africanus, dessen libri IX Quaestionum ein wahrhaft klassisches Werk sind (vortreffliche Commentare dazu: Cuiacii tractatus ad Afric., Scipionis Gentilis Diss. I—IX ad African. Altorf. 1602—7.), und der ausserdem libri Epistolarum (mindestens) XX verfasste; *Terentius Clemens* (ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam libri XX); *Junius Mauricianus* unter Pius (ad legem Iuliam et Papiam libri VI, de poenis, notae ad Iulianum); *Vinidius Verus* unter Antoninus Pius (in den Pandekten einige Mal erwähnt); *Lucius Volusius Maecianus* unter Pius, Marc Aurel, dessen Lehrer und Rath er war, und unter den Divi fratres, schrieb Quaestionum de fideicommissis libri XVI, ex lege Rhodia (griechisch), publicorum oder de publicis iudiciis libri XIV, assis distributio[46]); *Claudius Saturninus* unter Pius (liber singularis de poenis). Ein *Quintus Venuleius*, dessen Verhältniss zu dem vorigen und zu dem späteren *Venuleius Saturninus* nicht feststeht, schrieb einen Commentar von mindestens 10 Büchern ad Edictum.

Unter den divi fratres lebte auch *Papirius Justus*, der erste Verfasser einer Constitutionensammlung[47]).

5. **Juristen nach der Zeit der Antonine bis zum Schlusse der Regierung des *Septimius Severus*, d. h. bis zum Schlusse der klassischen Jurisprudenz** (vom J. 170 etwa bis 230 n. Chr.) waren:

45) Vgl. über das System des Gaius besonders Boecking im Anhang zu seiner Ausgabe des Gaius, und in seinen Pandekt. §. 28. Anhang VII. S. 22 ff. und Gneist's Syntagma im Anhang. — 46) S. o. §. 3. S. 10. — 47) S. folg. §. nr. 6.

Tarru(n)ten(i)us Paternus (de re militari libri IV), als Praefectus praetorio unter Commodus von den Prätorianern selbst erschlagen.

L. Ulpius Marcellus, unter Antoninus Pius, Marc Aurel und Commodus, Feldherr und angesehener Jurist, von dem in den Pandekten 159 Stellen und zahllose Citate vorkommen. Er schrieb Digestorum libri XXX (im Ganzen nach der Julianischen Edictsordnung), ad legem Iuliam et Papiam libri VI, notae ad Iuliani Digesta, ad Pomponii Regularum librum singularem, responsorum liber singularis, libri II Publicorum sc. iudiciorum, de officio praesidis, de officio consulis.

Q. Cervidius Scaevola unter Antoninus Pius, Marc Aurel, Commodus und Severus, der Lehrer des Papinian, wurde vielfach von späteren Juristen für den ausgezeichnetsten Juristen erklärt. Von ihm stehen in den Pandekten 307 Stellen aus folgenden Schriften: Digestorum libri XI (nach dem Edicts- und Digesten-System Julian's), responsorum libri VI, quaestionum libri XX, liber singularis quaestionum publice tractatarum, libri IV regularum[48]. Citirt werden noch seine notae ad Iuliani Digesta, notae ad Marcelli Digesta und sein liber singularis de quaestione familiae.

Aemilius Papinianus, bei Mit- und Nachwelt als der grösste römische Jurist und als ehrenwerther, charaktervoller Mann anerkannt, unter Marc Aurel bereits advocatus fisci, unter Septimius Severus zuerst Magister libellorum, dann Praefectus Praetorio, wurde mit seinem Sohne auf Befehl des Caracalla ermordet, weil er sich weigerte, den von Caracalla verübten Brudermord zu rechtfertigen. Von ihm finden sich in den Pandekten 595 Stellen. Seine Schriften sind libri XIX responsorum, libri XXXVII quaestionum (zu beiden Commentare von Cujacius), libri II Definitionum, de adulteriis II und liber singularis, de officio Aedilium liber singularis[49]).

Claudius Tryphoninus, ein Zeitgenosse Papinian's, schrieb Notae ad Scaevolam, und Disputationum libri XXI.

Arrianus Menander, ebenfalls kaiserlicher Rath unter Caracalla, schrieb de re militari libri IV.

Tertullianus, wahrscheinlich ein und dieselbe Person mit dem Kirchenvater Q. Septimius Florens Tertullianus im Zeitalter des Severus und Caracalla, verfasste Quaestionum libri VIII, und de peculio castrensi liber singularis[50]).

Domitius Ulpianus, aus Tyrus in Phönicien stammend, war mit Paulus Assessor Papinian's, glänzte unter Caracalla und hatte den grössten äusseren Einfluss als Praefectus praetorio des jungen Kaisers

48) S. §. 3. S. 9. — 49) Ueber die notae ad Papinianum s. o. §. 18. S. 32. — 50) Vgl. o. §. 3. S. 12.

Alexander Severus, wurde aber 228 bei einem Aufstande der Prätorianer von diesen ermordet. Ulpian soll ein grausamer Verfolger der Christen gewesen sein und soll seine Amtsvorgänger Flavianus und Chrestus ebenfalls haben ermorden lassen. Als juristischer Schriftsteller war Ulpian jedenfalls bedeutend; ein gutes Drittel der Pandektenfragmente, nämlich 2462 Stellen, sind aus Ulpian entnommen. Ausser diesen Pandektenfragmenten sind für uns besonders wichtig die sog. *fragmenta* oder tituli (XXIX) *ex corpore Ulpiani*, Bruchstücke seines *Regularum liber singularis*, einer Zusammenstellung unbestrittener Rechtsgrundsätze, frei nach dem System des Gaius[51]). Unmittelbar davon überliefert ist uns noch ein Excerpt aus dem ius, quod ad personas und ad res pertinet. Auch haben wir noch einige unmittelbar erhaltene Bruchstücke aus Ulpian's *Regularum liber singularis*[52]). Bloss aus den Excerpten der Pandekten und aus den Vaticana fragmenta (s. folg. §. nr. 10.) bekannt sind: die von Ulpian unter Caracalla verfassten libri LI ad Sabinum und libri LXXXIII ad Edictum, darunter II libri ad edictum Aedilium curulium, die in den Pandekten nicht excerpirt und im Index Florentinus[53]) nicht erwähnt sind; ad legem Iuliam et Papiam libri XX, ad legem Iuliam de adulteriis libri II, ad legem Aeliam Sentiam libri IV, Protribunalium oder de omnibus tribunalibus libri X, de appellationibus libri IV, de censibus libri VI, fideicommissorum libri VI, de adulteriis libri V, de sponsalibus, de officio Proconsulis libri X, de officio Consulis III, de officio Quaestoris libri II, ferner libri singulares: de officio Consularium, de officio Curatoris rei publicae, de officio praefecti Vigilum, de officio praefecti Urbi, de officio Praetoris tutelaris, de excusationibus; disputationum libri X, opinionum libri VI, regularum libri VII.

Ein Freund und Nebenbuhler Ulpian's war *Julius Paulus*, der jenem auch in der äusseren Stellung und in der juristischen Fruchtbarkeit ähnlich war. Aus seinen Schriften sind in den Pandekten 2080 Stellen entnommen, welche ungefähr den sechsten Theil der Pandekten ausmachen. Wir besitzen von ihm noch *sententiarum libri V* im Auszuge[54]). *Lachmann* und *Rudorff* hielten das sogenannte fragmentum Dositheanum[55]) für den Anfang seiner Regularum libri VII. Paulus schrieb ferner Institutionum libri II, ad Sabinum libri (XVII?), ad Vitellium (Sabinum) libri IV (Noten zu dem gleichnamigen Werke des Sabinus), ad Edictum libri LXXX, ad Edictum Aedilium curulium libri (II?), Brevium oder ad Edictum de brevibus, Epitomarum Alfeni (Digestorum) libri VIII, Labeonis

51) Vgl. o. S. 52. — 52) Vgl. o. §. 3. S. 9. — 53) S. u. §. 32. — 54) S. o. §. 3. S. 9. — 55) S. o. §. 3. S. 9.

πιθανῶν libri VIII, ad Plautium libri XVIII, ad Neratium libri IV, notae ad Scaevolam, notae ad Iulianum, notae ad Papinianum[56]), ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam libri X, ad legem Aeliam Sentiam libri III, ad legem Iuliam libri II; de officio Consulis libri II, de officio Proconsulis libri II, de censibus libri II, de iure fisci libri II, de adulteriis libri III, fideicommissorum libri III; quaestionum libri XXVI, manualium libri III; Responsorum libri XXIII, decretorum libri III, decretorum seu Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum oder Factorum libri VI; ausser diesen grösseren Werken noch 59 libri singulares aus allen Gebieten des Rechts, von denen 50 in den Pandekten ausgezogen sind[57]).

Callistratus unter Septimius Severus und Caracalla, schrieb: ad edictum monitorium nach der Julianischen Edictsordnung, Institutionum libri III, quaestionum libri II, de cognitionibus libri VI, de iure fisci libri IV.

Venuleius Saturninus, Zeitgenosse des Vorigen, schrieb de actionibus libri X, de interdictis libri VI, stipulationum libri XIX, de publicis iudiciis libri III, de officio proconsulis libri IV[58]).

Rutilius Maximus, ebenfalls gleichzeitig, schrieb einen liber singularis ad legem Falcidiam.

Aelius Marcianus unter Septimius, Caracalla und später, schrieb im System des Gaius Institutionum libri XVI (die auch in Justinian's Institutionen benutzt sind), regularum libri V, de publicis iudiciis libri II, de appellationibus libri II, notae ad Papinianum[59]); libri singulares: ad formulam hypothecariam, ad S. C. Turpilianum, de delatoribus.

Florentinus unter Alexander Severus verfasste Institutionum libri XII nach dem System des Gaius, die in Justinian's Institutionen und Pandekten benutzt sind.

Licinius Rufus unter Caracalla verfasste Regulae in mindestens 13 Büchern.

Aemilius Macer unter Alexander Sever schrieb de re militari libri II, de appellationibus libri II, publicorum (iudiciorum) libri II, de officio praesidis libri II, ad legem vicesimae hereditatum libri II.

Paconius, den Paulus libri VIII ad Plautium erwähnt, ist wohl nur ein verschriebener Name statt: Plautius.

Herennius Modestinus, ein Schüler Ulpian's, schrieb schon unter Alexander, in einem Rescript Gordian's vom Jahr 240 als Respondent erwähnt, im Jahr 244 Praefectus Vigilum in Rom[60]): Differen-

56) S. o. §. 18. S. 31 f. — 57) Vgl. die Aufzählung bei Rudorff, Röm. Rg. I. §. 75. S. 194 f. — 58) Tschirner in der Zeitschr. für Rechtsgesch. Bd. 12. (1875.) S. 149—160. — 59) S. o. §. 18. S. 31 f. — 60) S. o. §. 18. S. 31 f.

tiarum libri IX[61]), regularum libri X[62]), excusationum libri VI (griechisch) pandectarum libri XII, responsorum libri XIX (nach dem Edictssystem), ad Q. Mucium (mindestens 31 Bücher), de poenis libri VI, und ausserdem libri singulares: de enucleatis casibus, de heurematicis, de differentia, dotis, de inofficioso testamento, de manumissionibus, de praescriptionibus, de ritu nuptiarum, de legatis et fideicommissis, de testamentis. Von ihm sind 344 Pandektenstellen in der Edictsmasse[63]).

6. Unter *Constantin* kamen noch folgende Juristen hinzu:

Hermogenianus lieferte ein Iuris Epitome in 6 Büchern, im Inhalt ähnlich den receptae sententiae des Paulus, und in ihrem System combinirt aus Gaius Institutionen und der Ordnung des Edictum perpetuum Julian's. Von ihm sind 107 Pandektenstellen.

Aurelius Arcadius Charisius, Magister libellorum, schrieb libri singulares: de testibus, de officio Praefecti Praetorio, de muneribus civilibus.

Julius Aquila, wahrscheinlich erst nach Severus, schrieb Responsa.

Endlich durchaus keine Nachricht haben wir über die Lebenszeit des *Furius Anthianus*, der einen Edictscommentar schrieb, woraus drei Stellen in den Pandekten aufgenommen sind.

§. 28. Die Sammlungen des römischen Rechtes vor *Justinian*[1]).

1. Der Pontifex Maximus *Sextus Papirius* sammelte im 3. Jahrhundert d. St. unter Tarquinius Superbus die vielfach mit pontificischem ius sacrum vermischten leges curiatae der Königszeit (*leges regiae, ius civile Papirianum)*. Nach Pomponius[2]) soll die Sammlung alle leges regiae umfasst haben, nach Dionysius[3]) dagegen bloss die auf das ius sacrum sich beziehenden; aber beide Meinungen lassen sich mit einander vereinigen, indem das ganze alte Recht von sacralen Formen umkleidet und von den Pontifices aufgezeichnet war. *Granius Flaccus* verfasste gegen Ende der Republik einen Commentar dazu, von dem noch einige Citate erhalten sind.

61) Ein durch Isidor erhaltenes Bruchstück davon abgedruckt bei Boecking hinter Ulpian. 1855 pag. 180 und in Huschke Iurisp. Antei. quae supers. — 62) Ein Bruchstück aus dem 3. Buche im 16. Jahrhundert in einer Pithou'schen Handschrift gefunden, beigedruckt bei Boecking l. c. p. 179, und bei Huschke l. c. — 63) S. u. §. 29.

§. 28. 1) Vgl. Dirksen, Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des römischen Rechts. Leipzig 1823. S. 234 ff.; Bruns, fontes i. R. ant. p. 1.—5. — 2) Pomp. l. 2. §. 2. d. O. I. — 3) Dionys. III. 36.

2. Die *leges duodecim tabularum*[4]), 10 Tafeln v. J. 302 d. St. und die beiden letzten aus dem Jahre 304 d. St., waren eine auf Andringen der Plebejer, die ein festes, geschriebenes Recht für die Rechtsprechung der patricischen Magistrate haben wollten, von den eigens dafür bestellten Decemviri verfasste und von den Centurien bestätigte Zusammenstellung des bis dahin in Rom geltenden, auf Gewohnheitsrecht und einzelnen leges populi beruhenden *ius civile*. Höchstens 2 oder 3 der uns noch bekannten Bestimmungen der XII Tafeln waren aus der Solonischen Gesetzgebung geschöpft. Das XII Tafelngesetz bildete weit über ein Jahrtausend die Hauptgrundlage des *ius civile Romanorum*. Alle leitenden Grundsätze des ius civile werden auf die XII Tafeln zurückgeführt. Cicero[5]) erzählt, dass die XII Tafeln von den Knaben in den Schulen auswendig gelernt wurden. Wir besitzen nur noch 100—105 Bruchstücke davon, theils im Wortlaut derselben, theils nur dem Sinne nach.

Einer der ältesten römischen Commentatoren war *Sextus Aelius Paetus* mit dem Zunamen Catus. Er stellte um 550 d. St. diese XII Tafeln, die *interpretatio* und die *legis actiones* zusammen, indem er zu jedem Satz der XII Tafeln die Interpretation und das Klageformular gab. Man nannte daher das Werk *tripertita*, d. h. das dreitheilige Buch; „*qui liber veluti cunabula iuris continet*" sagt Pomponius[6]).

Unter Augustus verfertigte auch der grosse *Labeo* einen Commentar zu den XII Tafeln, und unter Antoninus noch *Gaius* einen solchen in 6 Büchern.

3. *Ius civile Flavianum*, eine von *Appius Claudius Caecus* verfasste gegen 450 d. St. von seinem Scriba, dem Libertinensohne *Gnaeus Flavius* veröffentlichte Zusammenstellung der von den pontifices concipirten Formulare für die Rechtshandlungen der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit (*legis actiones* hiessen die alten formalen Prozesshandlungen) nebst einem Kalender für das ganze Jahr über die rechten Gerichtszeiten (*dies fasti*).

4. *Ius Aelianum*[7]), eine von *Sextus Aelius Paetus* (dem Verfasser der erwähnten Tripertita, vielleicht in diesem selben Werke)

4) Restitutionsversuche machten Jac. Gothofredus 1616, 1654, Funccius 1744, Dirksen 1824, Zell 1825, Schoell, Lips. 1866. Abgedruckt auch bei Gneist Syntagma Inst. p. XII sqq., Demelius, legum quae ad i. civ. spect. fr. p. 1 sqq., Bruns, fontes p. 6. sqq. Vgl. über das XII Taf.-Ges. auch Bruns in Holzendorff's Encycl. II. 1. §. 12—14. S. 88—90.

5) De leg. II. 4. 9. — 6) L. 2. §. 38. Dig. de O. I. I. 2. — 7) Einige Bruchstücke von actiones aus dem ius civ. Flavianum und ius Aelianum sind bei Valerius Probus (ed. Mommsen §. 4. p. 123.) mitgetheilt.

um etwa ein Jahrhundert später veröffentlichte Sammlung der aus dem erweiterten und verweltlichten Rechtsverkehr geschöpften neueren, nicht mehr sämmtlich auf Civilrecht beruhenden Klageformulare.

5. *Salvius Julianus* codificirte unter Auctorität *Hadrian's* das Edict der städtischen und Provincial-Magistrate. Ueber dieses *edictum perpetuum Hadrianeum*, über die Commentare der Juristen zu dem vorhadrianischen und zu dem hadrianischen Edicte, und über die Restitutionsversuche in Betreff des Letzteren vgl. man o. §. 17. nr. IV. S. 29.

6. Die erste besondere Sammlung kaiserlicher Rescripte, von der wir wissen, verfasste *Papirius Justus* unter Marc Aurel (im 2. Jahrhundert n. Chr.) in 20 Büchern, aus denen 16 Stellen in Justinian's Pandekten vorkommen.

Wir wissen auch von *Julius Paulus*, dass er (unter Alexander Sever) *Decretorum libri tres* und *Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum libri sex* verfasste. Aber dieses waren mehr wissenschaftliche Werke, als Gesetzessammlungen.

Auch in den einem Elementarschulbuche von *Dositheus* angehängten anekdotenartigen: Divi Hadriani Sententiae et Epistolae[8]) waren kaiserliche Entscheidungen in Militär- und Alimentensachen enthalten.

7. Eine grössere systematische in XIII Büchern und in jedem Titel nach chronologischer Folge geordnete Sammlung der kaiserlichen Constitutionen (hauptsächlich über den Prozess) verfasste ein Jurist des kaiserlichen Consistoriums, Gregorianus, unter Diocletian und Maximinian gegen 308 n. Chr. Wahrscheinlich reichte die Sammlung von der Zeit des edictum perpetuum Hadriani an *(Codex Gregorianus).*

Einen Nachtrag der späteren Constitutionen *(Codex Hermogenianus)* lieferte gegen 365 n. Chr. Hermogenian, ebenfalls ein Jurist des kaiserlichen Consistoriums. Von beiden Sammlungen[9]) sind nur noch dürftige Auszüge vorhanden[10]).

8. Theodosius II. hatte die Absicht, das ganze geltende Recht zu *codificiren*, d. h. in ein Gesetzbuch zusammen zu fassen. Man brachte aber nur eine Sammlung der Constitutionen der christlichen Kaiser in einer von der ursprünglichen breiten, schwülstigen Form befreiten abgekürzten Gestalt zu Stande, in 16 Büchern, die

8) Zuerst herausgegeben von H. Stephanus in den Glossaria duo etc., Paris 1573, zuletzt von Boecking, Dosithei Mag. interpretamentorum liber tertius. Bonnae 1832. Vgl. auch o. §. 3. S. 9.

9) Vgl. darüber Huschke in Zeitschrift f. Rg. Bd. VI. S. 289 ff. — 10) Vgl. o. §. 3. S. 8, die am besten von G. Haenel im II. Bande des Bonner *corpus iur. Antei.* edirt sind.

wieder in Titel zerfallen. Dieser *Codex Theodosianus*[11]) wurde am 15. Febr. 438 publicirt, mit Gesetzeskraft vom 1. Jan. 439. Der grösste Theil davon ist in der ursprünglichen Gestalt auf uns gekommen.

9. Aus der Zeit nach 438 haben wir aus dem weströmischen Reiche keine neueren Constitutionen mehr. Es hatten aber die Kaiser des ost- und weströmischen Reiches ausgemacht, dass jeder seine neuen Gesetze dem andern mittheilen solle, damit dieser sie auch in seinem Reiche publicire. Demgemäss sandte *Theodosius II.* 447 seine *novae leges*[12]) oder Novellae an *Valentinian III.*, und ebenso sandte *Marcian* 455 und *Leo II.* gegen 470 neuere Gesetze an den weströmischen Kaiser.

10. Etwas älter als der Codex Theod. sind die nächst den Institutionen des Gaius für die Geschichte des Privatrechts besonders wichtigen *fragmenta Vaticana*[13]), d. h. die Bruchstücke einer 1820 von *Angelo Mai* in der Vaticanischen Bibliothek zu Rom entdeckten Privatsammlung aus den Schriften älterer römischer Juristen, dem *Codex Gregorianus* und dem *Codex Hermogenianus* und einigen Constitutionen christlicher Kaiser. Diese letzteren sind aber noch nicht aus dem *Codex Theodosianus* entnommen, sondern in unverkürzter Breite mitgetheilt.

11. *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum, lex Dei*[14]), eine

11) Die beste Ausgabe ist von Haenel (1842) im Bonner Corps. iur. Anteiust. Vol. II. p. 81 sq. Eine Ausgabe mit reichem Commentar erschien von Jac. Gothofred. Lugduni 1655. VI Tomi fol.

12) Diese Novellae Theodosii etc. sind am besten edirt von G. Haenel 1844 im Bonner *Corp. iur. Antei.* hinter dem *Theod. Codex*, einschliesslich der 18 nicht zum Codex Theod. gehörigen nach ihrem ersten Herausgeber (Paris 1631) benannten Sirmondischen Constitutionen kirchenrechtlichen Inhalts von Constantin und späteren Kaisern. In den *Symbolae Bethmanno-Hollwegio oblatae.* Berol. 1868 verbreitet sich Rudorff (Legum saecularium Constantini, Theodosii et Leonis capita ad ordinem privator. iudiciorum pertinentia) über eine merkwürdige Sammlung röm. Kaisergesetze aus Syrien, welche zuerst im Druck erschien bei Land, theolog. Dr. *Anecdota Syriaca.* Lugd. Batav. 1860.

13) Im Bonner Corp. iur. anteiust. nach der Ausg. von Bethmann-Hollweg, 1833, später mit nachgedruckter Handschrift von Th. Mommsen. Bonn 1861, und gleichzeitig bei Huschke, Iurispr. Antei. ed. 2. p. 610 sqq.

14) Abgedruckt zuletzt im Bonner Corp. iur. Antei. nach der Ausgabe von Blume, und in Huschke's Iurisprud. Anteiust. ed. 2. p. 547 sqq. Rudorff, (Ueber den Ursprung und die Bestimmung der lex Dei. Aus den Abhandlungen der k. Akademie der Wissenschaften. Berlin 1869) stützt auf eine Aeusserung des nestorianischen Metropoliten Ebediesus Sobiensis († 1318) die Hypothese, der heil. Ambrosius sei der Autor.

vergleichende Zusammenstellung des *Pentateuch* (mos. Gesetzes) und des römischen Rechts. Sie schöpfte aus denselben Quellen, wie die fragmenta Vaticana, und ist also ebenfalls älter als der Codex Theodosianus.

12. Bald nach dem *Codex*, aber noch vor der Sammlung der *Novellae Theodosii*, erschien in *Gallien* die *Consultatio veteris iureconsulti de pactis*[15]), ein Gutachten eines Advocaten für einen anderen, mit Stücken aus Pauli sent. receptae, und aus dem Codex Gregorianus, Hermogenianus und Theodosianus.

13. *Hygini Gromatici libellus constitutionum*, eine Zusammenstellung von Constitutionen Domitian's, Nerva's und späterer Kaiser über das Grenzrecht. Wir besitzen das Werk in 2 Redactionen, wovon die eine aus der Zeit vor Justinian, die andere aus der Zeit nach Justinian herrührt[16]).

14. Zum Gebrauche für die im westgothischen Reiche lebenden Römer erschien im Anfang des 6. Jahrhunderts unter Alarich II. eine *Lex Romana Visigothorum*, oder *Breviarium Alaricianum*, worin umfassende Auszüge aus den Schriften römischer Juristen[17]), aus dem Codex Greg. und Hermog. und aus dem Codex Theodosianus, den Novellae Theodosii u. s. w. gegeben werden.

15. Im Burgundischen Reiche erschien, entweder etwas früher oder später als das Breviarium, für die dort lebenden Römer eine *lex Romana Burgundionum*[18]) auf Grund derselben Quellen. Das Werk hat schon in einer Pithou'schen, jetzt Berliner Handschrift den in der Ausgabe von Cujacius[19]) beibehaltenen falschen Namen *Papianus*, weil man die Bezeichnung Pap. lib. I. Responsorum am Schlusse des Breviarium für die Ueberschrift der in einer Handschrift gleich darauf folgenden lex Romana Burgundionum hielt.

16. *Theodorich* publicirte für Italien, welches er mit seinen Ostgothen wieder erobert hatte, im Jahre 500 zu Rom ein *Edictum*[20]), eine Zusammenstellung aus dem Codex Theod. und den Novellae Theodosii II. und Valentiniani III., aus den Recept. Sententiae des Paulus und dem Codex Gregorianus, damit die Civil- und Militärrichter für die gewöhnlichen Fälle eine Rechtssammlung in Händen hätten.

15) Im Bonner Corp. iur. Antei. edirt von Puggé; bei Huschke, ed. 2. Iurispr. Antei. p. 722 sqq. — 16) Vgl. Rudorff, Röm. Rg. I. §. 103. am Ende. — 17) Vgl. o. §. 3. S. 8. Herausgegeben von Haenel. Lips. 1847. 49. — 18) Die neuesten Ausgaben sind von Biener im Berliner *Ius. civ. antei.* p. 1501 sqq. und von Barkow. Greifsw. 1826. — 19) Hinter dem Codex Theodos., zuerst 1566.

20) Dieses *Edictum Theodorici regis* ist u. A. gedruckt bei Georgisch, corp. iur. Germ. ant. p. 2199 sqq. und Canciani, leges ant. Barbar. I. p. 1 sqq. Vgl. auch Rhon. Comm. ad ed. Theod. reg. Halae 1816. 4.

§. 29. Die Justinianischen Rechtssammlungen.

I. *Flavius Justinianus*, früher *Uprauda* genannt, zu Tauresium (Iustiniana prima) in Westillyrien 482 von slavischen Eltern (Sabatius und Bigleniza) geboren, von seiner Mutter Bruder, dem Kaiser Justinus am 1. April 527 zum Mitregenten angenommen, alleiniger Regent seit dem 1. August 527 (45 J. alt) bis zu seinem Tode im Jahre 565, löste die legislative Aufgabe in einer verhältnissmässig grossartigen Weise, hauptsächlich mit Hülfe seines Quaestor sacri palatii *Tribonianus* (zeitweilig entlassen 531, † 545). Er befahl zuerst in der constitutio *Haec quae necessario* vom 13. Februar 528 die Anfertigung eines neuen Codex, den er unter dem 7. April 529 (in der const. *Summa rei publicae*) mit ausschliesslicher Gesetzeskraft vom 16. April 529 an für die Recitation der Constitutionen an die Stelle der seitherigen Constitutionensammlungen setzte.

II. Darauf liess er durch Tribonian, der schon am ersten Codex in untergeordneter Stellung mitarbeitete, inzwischen aber zum Quaestor sacri palatii befördert war, die sogenannten *quinquaginta decisiones*, d. h. 50 Constitutionen zur Entscheidung von Controversen abfassen. Ferner liess er durch denselben in der Zeit bis zum Jahre 534 eine grosse Zahl von Constitutionen ausarbeiten, durch welche er das *ius gentium und civile* ausglich und überhaupt manche, für die damalige Zeit nicht mehr passende, altcivile Rechtsförmlichkeiten aufhob.

III. Durch die const. *Deo auctore* vom 15. Dec. 530 wurde Tribonian beauftragt, eine Commission von Professoren und Advokaten zu bilden, damit diese aus den sämmtlichen vorhandenen juristischen Schriften das Wichtigere auswähle, und zwar in übersichtlicher Ordnung (daher der schon früher bei einigen juristischen Werken vorkommende Name *Digesta*, von digerere[1]) und ohne Wiederholungen und Widersprüche. Das Werk nennt man auch *pandectae* (von πᾶν δέχεσθαι d. h. alles enthalten.) Die Commission bestand aus 17 Mitgliedern und theilte sich den Stoff in 3 Abtheilungen[2]):

1. Sabinusmasse, d. h. Commentare zu den Schriften des Sabinus.
2. Edictsmasse, d. h. Commentare zu dem Edictum, (wovon am stärksten die Commentare des Ulpian und Paulus benutzt sind).
3. Papinianusmasse, d. h. die Schriften des Papinian und anderer Praktiker.

§. 29. 1) Vgl. Pernice. Miscellanea zu Rechtsgeschichte und Texteskritik. I. Prag 1870. — 2) Fr. Blume, Die Ordnung der Fragmente in den Pand., in der Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft. IV. [1820] S. 257—472.

Entweder noch eine vierte Masse, oder einen blossen Anhang bildeten die während der Arbeit erst neu aufgefundenen, meistens älteren und lückenhaften Schriften.

Man benutzte das System der Institutionen des Gaius[3]). Das ganze Werk theilte man in 50 Bücher, wie Justinian vorgeschrieben hatte, und diese (mit Ausnahme der Bücher 30—32, die keine Unterabtheilungen haben) in 432 Titel. In jedem Titel kommen zuerst die Stellen aus der Masse, aus welcher je die grössere Zahl genommen ist. Im Ganzen sind etwa 9123 Stellen aus den Schriften von 39 verschiedenen Juristen entnommen, von denen der älteste *Q. Mucius Scaevola*, und die jüngsten *Hermogenianus* und *Arcad. Charisites* sind.

Ebenfalls nach Vorschrift Justinians zerfallen die Pandekten entsprechend den 7 Hauptheilen des Edictes und zum Theil mit Rücksicht auf die damaligen Jahreskurse an den Rechtsschulen, in sieben grössere *Partes s. Tractatus*. Die *pars prima* s. πρῶτα (l. 1—4) handelt als Einleitung von den Quellen des Rechtes, von den Personen oder Subjekten, und von den Sachen oder Objekten der Rechte, ferner über die Magistrate und deren Geschäftskreise. *Pars secunda s. de iudiciis* (lib. 5—11) handelt vom iudicium, den actiones in rem, der lex Aquilia und einigen verwandten Gegenständen. *Pars tertia s. de rebus* (*creditis*) behandelt (lib. 12—19) die Lehre von den Condictionen und Contractsklagen. *Pars quarta s. Umbilicus Pandectarum.* (τὸ μέσον τοῦ παντός) behandelt (lib. 20—27) sehr Verschiedenartiges: Pfandrecht, Zinsen, Beweismittel, Ehe und Vormundschaft. *Pars quinta s. de testamentis* (lib. 28—36) handelt von den letztwilligen Verfügungen. *Pars sexta* (lib. 37—44) betrifft die bonorum possessio, die Intestaterbfolge und mehreres Andere. *Pars septima* (lib. 45—50) handelt von Cautionen, Straf- und Popularklagen, (die Strafrechtsbücher: 47 und 48 nennt man *libri terribiles*), Appellation, Fiscalrecht, Militärrecht, Municipalrecht und Steuerrecht, und zum Schluss (lib. 50 tit. 16. 17.) folgen allgemeine Bemerkungen.

Tribonian hat bisweilen die Fragmente aus älteren Juristen etwas geändert, um sie dem inzwischen (in der Zeit bis auf Justinian) geänderten Rechtszustande entsprechend zu machen (*Interpolationen*, *emblemata Triboniani*). Trotz Justinian's Befehl und Versicherung enthalten aber die Pandekten manche Widersprüche (*Antinomien*), Wiederholungen (*leges geminatae*), und es sind auch einzelne Fragmente unter einen falschen Titel gesetzt worden (*leges erraticae sive fugitivae*)[4]).

Die Pandekten wurden am 16. December 533 publicirt, mit Gesetzeskraft vom 30. December 533 an. Die Publikation geschah in besonderen Constitutionen: für die Römer in der *Const. Tanta circa* und für die Griechen in der const. Δέδωκεν (Dedit nobis) de confirmatione Digestorum ad Senatum et omnes populos (vor den

3) Vgl. o. S. 52, und Rudorff, Röm. Rg. I. §. 110. — 4) Blume. Diss. de gemin. et similib., quae in Dig. inven. capit. Ienae. 1820.

Digesten und im Tit. Cod. I. 17. de veteri iure enucleando), und in der an die Professoren gerichteten const. *Omnem reipublicae* ad Antecessores.

Man citirt die Pandekten also: l(ex). 4. pr(incipio). §. 1. D(igestorum) [oder statt Dig. setzt man: ff., entstanden aus einem geschlungenen D mit einem Querstrich zum Zeichen der Abkürzung][5] de cond. inst. (lib.) XXVIII. (tit.) 7; L. 40 Dig. de legatis I (30). III (32).

IV. Während an den Pandekten gearbeitet wurde, trug Justinian mündlich dem *Tribonian* und den beiden Antecessores *Theophilus* von Constantinopel und *Dorotheus* von Berytus auf, ein neues Lehrbuch für den ersten Cursus der Rechtsschulen, anstatt der bisher gebrauchten Institutionen des Gaius, abzufassen[6]. Am 21. November 533 wurden die neuen *Institutiones Imperatoriae* zugleich als Gesetzbuch mit Gesetzeskraft vom 30. Dec. 533 an (ohne besonderes Publikationsinstrument) publicirt[7]. Sie beginnen mit der an die studirende Jugend gerichteten const. *Imperatoriam*, und sie zerfallen, wie die ihnen zu Grunde gelegten Institutionen des Gaius[8], in 4 Bücher, diese in 98 Titel und die Titel in §§.

Man citirt z. B. also: pr(incipio) §. 5. Inst. de legatis. II. 20.

Zugleich erliess Justinian (in der constitutio *Omnem reipublicae* ad Antecessores vom 16. Dec. 533) eine neue Studienordnung für die 5 Jahreskurse an den 3 Rechtsschulen, welche zu Rom, (und vielleicht schon seit Hadrian's Zeit) zu Berytus in Phönicien, und (seit Theodosius II. v. J. 425 an auch) in Constantinopel bestanden.

V. Darauf erschien mit der const. *Cordi nobis* vom 16. Nov. 534, mit Gesetzeskraft vom 29. December 534, an Stelle des früheren ein neuer Constitutionen-*Codex (repetitae praelectionis*, enucleati iuris) in 12 Büchern und 765 Titeln. In jedem Titel sind die Constitutionen der Zeitfolge nach geordnet. Die älteste[9] ist von Hadrian, die jüngste[10] vom 4. Nov. 534.

Man citirt z. B. also: L. 1. (oder L. unica) pr. §. 4. Cod. de caducis toll. VI. 51. oder so: c(onstitutio) 1. pr. §. 4. de cad. toll. VI. 51. Ueber den Text des *Codex* vgl. Paul Krüger, Kritik des Justinian. Codex. Berlin. 1867. (Eine Vorarbeit zu seiner neuen Ausgabe des Codex.) Eine grosse Zahl vielleicht schon von den Compilatoren, wahrscheinlicher aber bloss von späteren Abschreibern und Herausgebern weggelassener, besonders griechischer Constitutionen ist seit dem 16. Jahrhundert theils aus Handschriften des Codex, theils aus nachjustinianischen Rechtswerken wiederhergestellt worden (s. g. leges

5) Vgl. Boecking, Pand. Bd. I. 2. Aufl. S. 13. 21; Kämmerer, Ueber die zur Bezeichnung der Pand. gebräuchl. Sigle ff. Rostock 1834. — 6) Huschke versucht in der Vorrede zu seiner Ausgabe der Institut. den Nachweis, dass Dorotheus die beiden ersten, Theophilus die beiden letzten Bücher der Institut. ausgearbeitet habe. — 7) Vgl. Const. *Tanta* und Δέδωκεν §. 23. — 8) Vgl. o. S. 52. — 9) L. 1. Cod. de testam. VI. 23. — 10) L. ult. Cod. de episc. I. 3.

† restitutae). Vgl. Schaumburg, De constit. impp. antiquis, quae in Instit. citantur et in Cod. rep. praet. omissae sunt. Lemgov. 1755. 4⁰; K. Witte, Die leges restitutae. Breslau 1830; F. A. Biener und C. G. Heimbach, Beiträge zur Revis. des justin. Codex. Berlin 1833.

Die Titelzahl der justinianischen Rechtssammlungen kann man sich nach der Reihenfolge der Zahlen leicht also merken:

Institut.	Codex.	Pandectae.
98.	765.	432.

Jedoch haben nicht alle Institutionen-Ausgaben gleiche Titelzahl. So zählen manche im 3. Buche 29, andere 30 Titel, indem der in vielen Ausgaben vorkommende Titel 7 *de servili cognatione* in anderen Ausgaben den letzten Theil des unmittelbar vorhergehenden Titels *de gradibus cognationis* bildet.

VI. Justinian erliess dann noch seit dem 1. Januar 535 bis zum Jahre 564 oder 565, wo er starb, 166 *novae constitutiones* oder Novellae, die er selbst nicht mehr sammelte.

Man citirt z. B. also: Nov(ella) 89. princ. cap. 12. princ. §. 4.

Die älteste griechische Sammlung, welche 125 ursprünglich meistens griechische Novellen enthielt, existirt nicht mehr, sondern nur noch ein lateinischer, für Italien bestimmter Auszug daraus: *epitome Juliani*[10]). Unter Tiberius II. erschien gegen 580 eine vollständigere Sammlung von 168 Novellen, unter denen aber mehrere Wiederholungen vorkommen. Eine dritte Sammlung, welche 134 Novellen enthält, wurde zu Anfang des 12. Jahrhunderts von den Glossatoren zu Bologna ihrer sogenannten † *versio vulgata*, d. h. der von ihnen gemachten lateinischen Uebersetzung der griechischen Stücke zu Grunde gelegt, in welcher durch das Streben nach wörtlicher Uebersetzung der Text leider oft verdorben ist. Die Glossatoren nannten diese Sammlung: *liber authenticorum*, im Gegensatze zu dem ihnen zuerst bekannten *epitome Juliani*[11]).

VII. Justinian verbot, zu seinen Sammlungen, welche man vereint mit den Novellen seit Ende des 16. Jahrh.[12]) *corpus iuris civilis* nennt, Commentare zu verfassen, damit nicht neue Controversen entständen. Nur Uebersetzungen und kurze Paraphrasen (Worterklärungen) und Anführung von Parallelstellen erlaubte er. — Wir besitzen noch jetzt die griechische Paraphrase des *Theophilus* zu den Institutionen, Vorlesungen, welche derselbe im Jahre 534, also ein Jahr nach Vollendung der Institutionen, hielt[13]). *Theophilus* ver-

10) Edidit G. Haenel, Lips. 1873.

11) Vgl. Biener, Gesch. der Novellen Justinians. 1834.

12) Zuerst in der Gesammtausgabe des Dionys. Gothofredus v. J. 1583.

13) Theophili antecessoris paraphr. gr. institutionum ed. G. O. Reitz. Hag. Comit. 1751. 2 vol. 4. (Deutsche Uebers. mit Anmerkungen von Wüstemann. Berlin 1823). Manche Aehnlichkeit in der Darstellung hat damit eine in Turin befindliche, jedoch umfassendere latein. Institutionenglosse (herausg. von Krüger, in der Zeitschr. f. Rechtsg. Bd. 7. S. 44 ff.), deren Abfassung Fitting (Ueber die sog. Turiner Inst.-Glosse. Halle 1870) der Mitte des

fasste auch eine Paraphrase zu den Pandekten; ebenso *Dorotheus von Berytus*, *Cyrillus* u. A. Auch zum Codex entstanden alsbald zahlreiche Paraphrasen, von *Thalelaeus*, *Theodorus*, *Anatolius* u. A., und aus den Novellen wurden zahlreiche Auszüge angefertigt, namentlich von *Julianus*, *Athanasius*, *Theodorus*.

VIII. Bei Widersprüchen (Antinomien) in den Justinian. Rechtswerken gehen die Novellen allen anderen Theilen des *corpus iuris*, und unter den Novellen die jüngere jedesmal der älteren vor, und es geht der *Codex repetitae praelectionis* den Institutionen und Pandekten, und unter den Constitutionen im Codex geht wiederum die jüngere der älteren vor, nach dem Grundsatze: *lex posterior derogat legi priori*.

Bei Widersprüchen zwischen Institutionen und Pandekten geht zunächst die Stelle vor, in welcher etwa eine förmliche Entscheidung getroffen ist, oder wo ein Satz mit Gründen näher entwickelt wird, während in der anderen Stelle der entgegengesetzte Satz nur leicht angedeutet wird. Ferner geht die Pandektenstelle vor, wenn sich ergibt, dass die Institutionenstelle nur ein ungenauer Auszug daraus ist. Entscheidet keiner von diesen Gründen, so muss die Institutionenstelle den Vorzug vor der Pandektenstelle erhalten, weil man aus dem *prooemium* der Institutionen ersieht, dass die Pandekten bei der Abfassung der Institutionen vorlagen und somit die letzteren später Gewolltes enthalten.

Bei Widersprüchen in den Pandekten geht nur dann die Ansicht des jüngeren Juristen der eines Juristen der früheren Zeit vor, wenn das betreffende Rechtsinstitut zur Zeit des älteren Juristen nur erst im Keime bestand, sich aber zur Zeit des späteren Juristen zu einer grösseren Vollendung entwickelt hat, oder wenn der betreffende Rechtszustand zur Zeit des älteren Juristen ein anderer war, als zur Zeit des später lebenden Juristen, so dass der Ausspruch nur durch ein Versehen Tribonian's unverändert aufgenommen ist, und jeder der beiden Juristen das zu seiner Zeit geltende Recht ausgedrückt hat. Es geht sonst die Pandektenstelle, wo eine Materie *ex professo* (unter dem Titel, der nach ihr benannt ist) behandelt wird, derjenigen vor, wo nur diese nämliche Materie nebenbei behandelt ist. Auch geht die Pandektenstelle, in welcher ein Rechtssatz als solcher ausdrücklich aufgestellt ist, derjenigen vor, in welcher ein Rechtsfall entschieden und unter dessen aufgezählten Entscheidungsgründen einer aufgezählt wird, der dabei vielleicht ganz unwesentlich ist und mit jenem Rechtssatz in

6. Jahrh. n. Chr. und zwar einer abendländischen Rechtsschule zu Rom oder Ravenna zuweist.

Widerspruch steht. Endlich, wenn sich zahlreichere Stellen für die eine Meinung, und wenige oder nur eine einzelne für die andere Meinung aussprechen, so ist die in den meisten Stellen ausgesprochene Meinung vorzuziehen, weil ein einmaliger Irrthum leichter ist, als ein mehrmaliger.

In den Institutionen findet sich keine einer andern Institutionenstelle widersprechende Stelle. Justinian versichert uns[14]), es gebe im *corp. iur.* nur etwa scheinbare Widersprüche, welche, wenn man sie *subtili animo* betrachte, verschwänden. Es gibt aber leider viele Antinomien im *corp. iur.* Im Nothfalle sollte man sich nach Justinian's Rath an den Kaiser wenden. Dieses kann aber nach unserem heutigen öffentlichen Rechte nicht mehr geschehen, ja sogar in absoluten Staaten wenigstens dann nicht, wenn es sich um einen bereits praktisch vorliegenden Rechtsfall handelt, indem sonst eine Cabinetsjustiz entstände. Wenn daher bei Antinomien zur Auflösung derselben keine der obigen auf der Natur der Sache beruhenden Regeln ausreicht, so muss man jetzt die sich einander widersprechenden Stellen sämmtlich als nicht vorhanden ansehen, und der Richter muss, wie wenn eine Lücke in der Gesetzgebung wäre, nach der juristischen Consequenz, nach der Rechtsanalogie, nach dem Geiste der Gesetze entscheiden.

Keine besondere Bedeutung hat das Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts von Heumann, 4. Aufl. von Hesse. Jena 1868.

§. 30. Das nachjustinianische griechische Recht[1]).

Dieses hat für uns ebenso wie die zahlreichen nach Justinian gemachten Sammlungen nur einen wissenschaftlichen Werth, insoweit es dazu dient, die Art und Weise der Auslegung und Anwendung des Justinianischen Rechtes im griechischen Reiche in der Zeit nach Justinian zu erkennen. Gegen 878 erschienen unter Basilius Macedo und seinen Söhnen und Mitregenten Konstantinus und Leo neue Institutionen unter dem Titel: πρόχειρος νόμος in 40 Titeln[2]). Sodann erschienen neue Pandekten unter dem Titel: *Basilica* gegen 883 unter Basilius in 40 Büchern, welche unter Leo gegen 890 auf 60 Bücher vermehrt wurden[3]), mit

14) In der *constitutio Tanta* §. 15. und *Cordi nobis* §. 3. 4.

§. 30. 1) Vgl. v. Vangerow, Lehrb. der Pand. 7. Aufl. §. 2. Anm. 3. Rudorff, Röm. Rg. §. 115. Boecking, Pand. §. 23. Montreuil, histoire du droit Byzantin. 1843; Ders., historia iuris graeco-romani 1839. Zachariae von Lingenthal, Ius Graeco Romanum. Lips. 1856—69. V. partt.; Ders., Geschichte des griechisch-römischen Privatrechts. Leipzig 1864.

2) Ed. C. E. Zachariae. Heidelb. 1837.

3) Herausgegeben mit lateinischer Uebersetzung von Fabrotus. Paris. 1647. 7 vol. fol. und zuletzt von Gebr. C. W. E. et G. E. Heimbach. Lips.

Nachträgen von *Zachariae von Lingenthal.* Lips. 1846. Letzterer edirte auch die zwei Auszüge daraus: die *Synopsis* [*minor* und *maior*] *Basilicorum* in seinem Ius Graeco-Romanum p. II. p. V. Auch erliess Leo gegen 890: 113 Novellen.

Eine sehr umfassende Compilation des nachjust. griechisch-römischen Civilrechtes verfasste *Constantinus Harmenopolus*, ein Richter zu Thessalonich, 1345 unter dem Titel: *Hexabiblos*[4]). Dieser Auszug aus früheren Auszügen blieb in der türkischen Zeit als Ueberrest des griechisch-römischen Rechts in Gebrauch und erhielt im Königreich Griechenland i. J. 1835 sogar Gesetzeskraft[5]).

§. 31. Die Geltung und wissenschaftliche Behandlung des römischen Rechts im Mittelalter und die Glossatorenschule zu Bologna[1]).

I. Die Rechtsbücher Justinian's wurden gleich nach ihrer Publication durch besonderes Patent auch in Italien verkündet. Das römische Recht wurde aber ausserhalb Italien im frühen Mittelalter auch in den germanischen Reichen für die Römer, und in den bürgerlichen Beziehungen für die Kirche und für die Geistlichen, weil diese als römischer Nationalität galten, angewandt.

Die wissenschaftliche Behandlung des römischen Rechtes in der Zeit Justinian's und nach ihm bis auf die Glossatorenschule zu Bologna im Anfang des 12. Jahrhunderts war in Italien und dem fränkischen Reiche ebenfalls nicht gänzlich erloschen. Man machte jedoch hauptsächlich nur Sammlungen und Auszüge (excerptiones)[2]) aus Bestimmungen des römischen und namentlich des justinianischen Rechtes, besonders für den kirchlichen Gebrauch.

Auch eine Reihe von Formelbüchern, d. h. Formulare für Geschäftsurkunden beweisen die praktische Anwendung des römischen Rechtes in Italien, namentlich im 5., 6. und 7. Jahrhundert.

Als die Griechen ihren Regierungssitz von Rom, welches sie gegenüber den Longobarden preisgaben, an die Ostküste nach Ra-

1833—1850. Tom. VI. Prolegomena et Manuale Basilicorum continens 1871. Vgl. Heimbach, Ztschr. f. Rgsch. Bd. 8. S. 414 ff.

4) Die besten Ausgaben sind von Reitz u. Meermann thesaur. tom. VIII. p. 1 sqq. und von Heimbach. Lips. 1851.

5) Geib, Darstellung des Rechtszustandes in Griechenland 1835.

§. 31. 1) Savigny, Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter. 2. Aufl. Heidelberg 1834—51. 7 Bde.; Stintzing, Geschichte der populären Literatur des röm.-kanon. Rechts in Deutschland. Leipzig 1867; Schmidt, Die Reception des röm. Rechts in Deutschland. Rostock 1868; Moddermann, die Reception des röm. R., übers. von Schulz. Jena 1875.

2) Fitting, Zur Gesch. der Rechtswissensch. im Anfange des Mittelalt. Halle 1875; Ders., Glosse zu den exceptiones legum Roman. des Petrus. Aus einer Prager Handschr. zum ersten Male herausgeg. Halle 1874.

venna verlegten, errichteten sie dort ebenfalls eine Rechtsschule, neben welcher aber die zu Rom fortbestand. Im 10. Jahrhundert entstand zu Pavia noch eine dritte Rechtsschule für longobardisches und römisches Recht. Wahrscheinlich in Ravenna wurde gegen 1100 der sogenannte *Brachylogus iuris civilis*, ein Lehrbuch des römischen Rechtes in 4 Büchern verfasst[3]).

II. Um 1100—1118 lehrte zu Bologna *Irnerius*, ursprünglich ein Lehrer der Grammatik, mit grossem Erfolge das justinianische Recht, indem ihm in drei Stücken[4]) nach und nach von Ravenna aus die Theile des corpus iuris civilis überliefert wurden (daher rührt auch bei dem Digestum die Eintheilung in vetus, d. h. zuerst bekanntes, novum, darauf bekannt gewordenes, und inforciatum, nachträglich bekannt gewordenes und zwischen vetus und novum eingeschobenes Stück). Irnerius und seine Schüler glossirten die einzelnen Stellen, d. h. sie erläuterten dieselben durch kurze Worterklärungen und Rechtsfälle (casus).

Die bedeutendsten Schüler des Irnerius († vor 1140), welche nach ihm lehrten, sind die sogenannten und durch Beinamen von ihm charakterisirten Doctores: *Bulgarus* (os aureum † 1166), *Martinus* (copia legum † nach 1157), *Jacobus de porta Ravennate* (mens legum † 1178) und *Hugo de Alberico* oder *de porta Ravennate* (idem quod ego † 1168). Ihnen folgten u. A.: *Placentinus* († 1192), *Pilius*, *Joannes Bassianus*, *Albericus de porta Ravennate* († nach 1229), *Hugolinus Presbyteri*, *Jacobus Balduini* († 1235), *Accursius* († 1260), *Odofredus* († 1265).

Die *glossa ordinaria*, d. h. eine Auswahl aus 30 inzwischen erschienenen, je ein Buch für sich ausmachenden verschiedenen Glossen, verfertigte der genannte *Franciscus Accursius* der Aeltere. *Bulgarus* scheint ein besonders grosses Ansehen gehabt zu haben. Wenigstens zog *Accursius* in der Glossa ordinaria meistens die Ansichten des *Bulgarus* denen des *Martinus* vor. Das canonische Recht hat dagegen umgekehrt später manche Ansichten des *Martinus* bestätigt und die entgegengesetzten des *Bulgarus* verworfen.

Ueber die Controversen der Glossatoren s. m. Haenel, Dissensiones dominorum. Lipsiae 1834. Ueber die *Siglen*, d. h. Abkürzungen, mit welchen die Namen der Glossatoren bezeichnet wurden, s. Savigny a. a. O. IV. Kap. XXVIII. Boecking, Pand. des gem. Civilr. Bd. I. §. 2. Note 51. S. 106. der 2. Aufl.

3) Edidit Boecking 1829. Fitting (Ueber die sog. Turiner Institut.-Glosse und der sog. Brachylogus. Halle 1870. S. 39 ff.) sucht übrigens die Abfassung des Brachylogus der zu Rom fortbestandenen Rechtsschule zuzuweisen. Vgl. auch Fitting in der Ztschr. f. Rg. Bd. 11. S. 471 f. (über eine Handschr. des Brachylogus zu Cues a. d. Mosel).

4) Vgl. Rudorff, Röm. Rechtsgesch. I. §. 117.

§. 32. Die Art der Reception des römischen Rechts und die heutige Beschaffenheit des corpus iuris civilis.

I. In Deutschland war mit dem Aufblühen der Städte und des Handels das Bedürfniss nach einem ausgebildeteren entwickelten Rechte eingetreten, denn das einheimische deutsche Recht bezog sich hauptsächlich nur auf einfache ländliche Verhältnisse. Man fand nun in dem römischen Rechte ein bereits fertiges, für die Bedürfnisse des Weltverkehrs genügendes Recht vor, und die Kenntniss desselben wurde von den aus Bologna zurückkehrenden Doctores vermittelt. Die Juristen machten aber auch einen äusseren Grund für die Geltung des römischen Rechts in Deutschland geltend, indem sie die deutschen Kaiser für die Nachfolger der röm. Imperatoren und das röm. Reich deutscher Nation für die Fortsetzung des röm. Reiches erklärten. Dieser Umstand führte dahin, dass man in Deutschland das römische Recht nicht blos als ratio scripta, wie in andern europäischen Ländern, sondern als *lex scripta*, d. h. als ein unmittelbar auch für Deutschland erlassenes Gesetz recipirte. Constitutionen Friedrichs I. v. J. 1165 und 1187 und später die Ordnungen für die kaiserlichen Gerichte verwiesen ausdrücklich auf das röm. Recht als gültiges ius scriptum [1]).

II. Wer sich daher in den Ländern des gemeinen Rechts auf das römische Recht beruft, hat *fundatam in iure intentionem* für sich, d. h. er braucht nicht erst die Geltung des römischen Rechtes zu beweisen, indem der Richter ja das Recht des Landes wissen muss [2]). Dieses gilt aber nur von dem römisch-justinianischen Rechte, und auch von dem justin. Rechte sind nur diejenigen Stücke recipirt worden, welche von den Glossatoren glossirt wurden. († *Quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia* [3]). Die Institutionen sind durchaus glossirt. Von den Pandekten sind blos l. 7. §. 5. — l. 11. Dig. de bonis damnator. XLVIII. 20. und l. 10. — l. 19. Dig. de interd. et releg. XLVIII. 22. nicht recipirt. Von den Novellen sind 97 recipirt. Auch von den glossirten Stücken gilt aber die Auslegung der Glossatoren nur dann, wenn dieselben richtig interpretirt haben. Auch die von den Glossatoren gewählte Lesart *(† lectio vulgata)* und die Uebersetzung, welche die Glossatoren von den griechisch verfassten Constitutionen

§. 32. 1) Vgl. Boecking, Pand. des gem. Civilr. §. 24. Note 76.

2) Vgl. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. §. 5.

3) Ein Verzeichniss der nicht glossirten Stellen des corp. iur. civil. s. m. bei Boecking, Pand. des gem. Civilr. Bd. I. Anhang III. S. *5 f.; v. Vangerow, Lehrb. der Pandekten. 7. Aufl. §. 6. Anm. 1.; Rudorff, Rg. I. §. 120.; Arndts, Lehrb. der Pandekten. 5. Aufl. §. 2.

machten (*† versio vulgata*), gilt nur dann, wenn sie richtig ist. Dasselbe gilt von den *Authenticae*, d. h. den Auszügen, welche die Glossatoren aus einigen Novellen Justinian's gemacht und in den Codex Just. eingeschoben haben. Die Glossatoren haben aber auch 13 Constitutionen der Kaiser Friedrich I. und Friedrich II. in den Codex aufgenommen, welche ebenfalls *Authenticae* heissen, aber Gesetzeskraft haben.

III. Von den Institutionen gibt es aus der Zeit vor den Glossatoren noch vier Handschriften, besonders eine sehr alte unvollständige zu Turin[4]).

IV. Von den Pandekten haben wir noch eine Florentiner Handschrift, die bis zum J. 1406 in Pisa und ursprünglich wahrscheinlich ein officielles Exemplar des griechischen Exarchen in Ravenna war, den Glossatoren zwar bekannt gewesen sein muss, jedoch ohne dass dieselbe die einzige Quelle der lectio vulgata gewesen wäre. Auf einer Vergleichung vieler Vulgathandschriften und der in der Lyoner Ausgabe von 1510 von Politianus zuerst gemachten Vergleichung der Florentiner Handschrift beruht die von Haloander (= Hofmann) 1529 zu Nürnberg veranstaltete Ausgabe (*Lectio Haloandrina* oder *Norica*)[5]).

V. Vom *Codex* gibt es ausser der lectio vulgata noch drei unvollständige Handschriften auf der Dombibliothek zu Verona[6]), zu Pistoja und zu Monte Cassino. Die relativ beste Ausgabe ist die von *Haloander* v. J. 1530, und jetzt die von *Herrmann* in dem Kriegel'schen und von *Krüger* im Berliner Corp. iur.[7]).

VI. Von Sammlungen der *Novellae* existiren noch 4 Handschriften, von denen eine Wiener die versio vulgata der Glossatoren fast vollständig wiedergibt. Von dem Julianischen Novellenauszug sind noch zahlreiche Handschriften vorhanden[8]).

4) Die besten besonderen Ausgaben sind von Schrader 1832. in 4.; Gneist, Institut. et regular. iur. Syntagma. Lips. 1858. [mit nebenstehendem Text der Instit. des Gaius]; P. Krüger, Berolini 1867 und im Berliner Corp. *iur. civ.* von Krüger und Th. Mommsen 1868 ff.; endlich von Huschke, Lipsiae 1868.

5) Einen kritischen Abdruck der Florentina besorgte Th. Mommsen, Iustiniani Digestorum seu Pandectarum libri. Berolini 1866 sqq. 4. und mit weniger Noten stereotypirt im Berliner corp. iur. civil. 1868 sqq.

6) Codicis Iustiniani fragmenta Veronensia ed. Paulus Krüger. Berol. 1874. fol. (Facsimile). — 7) Vgl. auch o. §. 29. V. a. Ende. S. 64. u. unt. nr. VII.

8) Unter den Ausgaben der Novellen ist hervorzuheben die von Hombergk, Marburg 1717, namentlich wegen der vorzüglichen latein. Uebersetzung der griechischen Novellen, die in den späteren Ausgaben meistens zu

VII. Die neueste und beste Ausgabe des ganzen *Corpus iuris civilis glossatum*[9]) erschien opera *Joh. Fehii* Lugduni (Lyon) 1627. 6. Bd. fol. Unter den nicht glossirten Ausgaben des corpus iuris civ. sind hervorzuheben diejenigen mit Noten von *Dionys. Gothofredus*, worunter die von *Simon van Leeuwen* Amstelodami 1663 besorgten Elzevir'schen Ausgaben in fol.[10]) die besten. Zu empfehlen sind jetzt besonders die (stereotypirte) von den Gebrüdern *Kriegel*, *Aemil Herrmann* und *Ed. Osenbrüggen*. (Lipsiae 1833 sq. III. vol. fol. min.), sowie das neueste (stereotypirte) *Berliner corp. iur. civ.* von *P. Krüger* und *Th. Mommsen*. 1868 ff. in fol. min.

VIII. Als zum corp. iur. civ. gehörend werden auch noch die longobardischen *Feudorum libri* angesehen. (Dies kommt daher, dass die Glossatoren aus diesen libri Feudorum die 10te Collatio in ihrem System gemacht hatten. Was sonst noch bisweilen dem corpus iur. civilis angehängt ist, sind blosse Zuthaten der Herausgeber.)

IX. Das römische Recht ist für seine heutige Anwendung öfters modificirt 1) durch das im Mittelalter von Päpsten und Concilien aufgestellte im corpus iuris canonici[11]) enthaltene canonische Recht (bestehend aus einer Privatsammlung der älteren Rechtssatzungen für die Kirche, dem *Decretum Gratiani*, und drei officiellen Sammlungen, den *Decretales Gregorii IX.* = libri **x.** [d. h. extra Decretum Gratiani], dem *liber VItus* [Bonifacii VIII], den *Clementinae* [Decretales Clementis V], und den bloss kirchenrechtlich wichtigen *Extravagantes Joannis XXII*, und *Extravagantes communes*, 2) durch deutsche Reichsgesetze[12]), besonders seit dem 15. bis 17. Jahrh., ferner 3) durch Gewohnheitsrecht, und endlich 4) durch Particulargesetze der einzelnen Länder.

Grunde liegt; ferner die vortreffl. Ausgabe des Authenticum der Glossat. von G. E. Heimbach. Lips. 1851. Die beste Ausgabe ist jetzt die von Osenbrüggen in dem Kriegel'schen corp. iuris, worin der griech. Urtext, die Hombergk'sche Uebersetzung mit zahlreichen Correkturen und dazu die Versio vulgata enthalten ist.

9) Ueber die Handschriften und Ausgaben der justinianischen Rechtswerke vgl. m. insbesondere Boecking, Pand. des röm. Privatr. 2. Aufl. Anhang V. S. *12—*22. Rudorff, Röm. Rg. §. 121 f. — 10) Nachgedruckt Francof. ad Moen. 1663. 1688. — 11) Letzte und beste glossirte Ausgabe Lugduni 1671. III vol., die besten unglossirten Ausgaben von J. H. Böhmer, Halae 1747. 4., Richter, Lips. 1839. 4. — 12) Gerstlacher, Samml. der deutschen Reichsabschiede, 11 Bde. Stuttgart. 1786—94. Band 10 enthält das Privatrecht; G. Emminghaus, Corp. iur. German. academicum. 2 Thle. 2. Auflage 1844.

§. 33. Von der wissenschaftlichen Behandlung des römischen Rechts seit den Glossatoren bis auf unsere Zeit.

I. In der Zeit nach den Glossatoren (§. 31.) bis zum Ende des 15. Jahrhunderts war die Behandlung der Rechtswissenschaft wieder geschmackloser und geistloser geworden. Während die Glossatoren das römische Recht in seiner Reinheit zu erhalten suchten, wollten die Postglossatores, die sog. Scribentes, Commentatoren oder Consiliatores das römische Recht modernisiren. Sie schöpften auch allmälich nicht mehr unmittelbar aus den Quellen, sondern aus den Werken der Glossatoren und verloren sich unter falscher Anwendung der herrschenden Form der scholastischen Philosophie auf das positive Recht in eine unerspriessliche Casuistik und übermässige Weitläufigkeit. Die bedeutenderen Juristen dieser Zeit sind: des Accursius Söhne *Franz*, *Cervottus* und *Wilhelm;* ferner *Joannes de Deo* († nach 1256), *Odofredus* († 1265), Zeitgenosse und Gegner des Accursius, *Vivianus*, der Verfasser der casus, welche wir in den glossirten Ausgaben des corp. iur. civilis finden, der besonders als Processualist (durch sein Speculum iuris) grosse *Guilielm. Durantis* († 1296), *Dinus Mugellanus* († nach 1298) und dessen Schüler *Cinus*, der Freund Dante's und Lehrer des Bartolus, der Canonist *Jo. Andreae* († 1346), *Albericus de Rosciate* († 1354), Verfasser eines sog. Dictionarium, und als die bedeutendsten dieser Periode *Bartolus* († 1379, erst 44 J. alt) und *Baldus* († 1400); ferner noch *Bartholomaeus de Saliceto* († 1412), *Bartholomaeus Caepolla* († 1477), *Barth. Socini* († 1507), *Jo. Bapt. Caccialupus* († nach 1472), Verfasser eines Werkchens *De modo studendi*, welches als Anhang eines im 15. Jahrhundert verfassten juristischen Wörterbuchs (Vocabularius iuris) vorkommt.

II. Seit dem Ende des 15. Jahrhunderts wandte man sich wieder mehr dem Studium der alten Literatur zu, zugleich erlangten jetzt die Quellenwerke durch den Druck eine grössere Verbreitung, und in Folge dessen nahm auch die wissenschaftliche Behandlung des Rechtes, namentlich des römischen, einen neuen Aufschwung. Es sind hier als Hauptnamen zu erwähnen: Ulrich Zase (1461—1535, Prof. zu Freiburg im Breisgau; Biographie von Stintzing. Basel 1857), Guilielm. Budé (1467—1540), Andreae Alciati (1492—1550.)

III. Im 16. Jahrhundert blühte besonders die französische Schule, aus welcher vor Allen hervorragt Jacques Cujas (Cujacius, geb. 1522, † 1590), der besonders auch die vorjustinianischen Rechtsquellen wieder aus der Vergangenheit hervorzog. Seine Schriften sind sämmtlich exegetischer Natur[1]). Neben Cujacius ist

§. 33. 1) Die besten Ausgaben sind von Fabrot, Paris 1658. 10 Bde.

besonders sein Schüler *Duarenus* (1509—59) hervorzuheben und sein Hauptgegner Hugues Doneau (1527—91), der das erste freie System des römischen Rechtes verfasste[2]. Endlich der gelehrte und belesene Jacques Godefroy (1587—1652), der vortreffliche Commentator des Codex Theodosianus, derSohn des Dionysius Godofredus, des bekannten Herausgebers des corp. iuris[2a]).

IV. Im 17. und 18. Jahrhundert blühte die römische Rechtswissenschaft in den Niederlanden. Hier zeichneten sich Hugo Grotius († 1645), Arn. Vinnius († 1657), der seinen Inst. Comment. meistens aus Bachov von Echt, einem Deutschen [† 1635], schöpfte, ohne diesen zu nennen, Ulrich Huber († 1694, Praelect. iur. civ.), Joh. Voet († 1714, Comm. ad. Pandect.), Ger. Noodt († 1725, Comment. in 27. libr. Dig.), Anton Schulting († 1734)[3]), Bynkershoek († 1743), Jo. van de Water († 1759), u. A. durch Eleganz und Sorgfalt und vornehmlich durch ihre philologischen Kenntnisse aus, verloren sich aber vielfach in eine blosse Büchergelehrsamkeit, statt in die Sachen selbst lebendig einzudringen.

V. Die Lehrbücher und Vorträge über das Civilrecht richteten sich seit dem 16. Jahrhundert namentlich in Deutschland und Holland (s. die vorher genannten Schriftsteller) durchweg nach der Titelfolge der Justinianischen Institutionen oder Pandekten (sog. Legalordnung), indem man dann den Inhalt der durch den Titel bezeichneten Lehren frei darstellte. Hierher gehören in Deutschland namentlich: Lauterbach († 1678)[4]), Sam. de Cocceii († 1756)[5]), Westenberg († 1737)[6]), Sam. Stryk († 1701)[7]), Augustin v. Leyser († 1752)[8]). Unter den Franzosen schrieb in dieser Methode namentlich Pothier[9]).

VI. In Deutschland hatte übrigens vom philosophischen

fol.; Neapol. 1722 sqq. 1757; Venet. et Mutin. 1758. 11 Bde. fol. und dazu als Register: *Dominici Albanensis* Promtuarium. Neapol. 1763. Mutin. 1795. 2 Bde. fol.

2) Donelli opera cur. Pellegrini. Lucae 1762 sqq. 12 Bde. fol. Seine Commentarii iuris civ. erschienen zuletzt Norimb. 1822 sqq. 16 Bde. 8. Vgl. auch Stintzing, Hugo Donellus in Altdorf. Erl. 1869. — 2a) Vgl. Muther, Aus dem [deutschen] Universitäts- u. Gelehrtenleben im Zeitalt. der Reformat. Erl. 1866. — 3) Iurispr. Anteiust., Notae ad Digesta. — 4) Collegium theor. pract. Pandect. Tübingae. 1690—1711. — 5) Ius civ. controversum Lips. 1710—1766. — 6) Princ. iur.; edit. nov. Berol. 1814. 23, in gutem Latein u. möglichst mit den Worten der Pandektenjuristen. — 7) Usus modernus pandectarum, 1690. 1746. — 8) Meditationes ad Pandectas. vol. I—XI. Lips. 1772. vol. XII et XIII cura Hoepfneri. Giessen 1774—80. — 9) Pandectae Iustinian. in novum ordinem digestae. Par. 1748. ed. noviss. 1825.

Standpunkte aus Christ. Thomasius (geb. 1655, † 1728), obschon er selbst sich nicht über eine gewisse pedantische, geschmacklose Weise erhob, doch unter wesentlicher Mitwirkung von Leibnitz (geb. 1646, † 1716) eine strengere systematische Vertheilung des juristischen Stoffes in verschiedene Disciplinen angeregt. Grösser sind die Verdienste des J. H. Böhmer († 1749, des Verfassers des ius eccl. Protestantium) auch für das römische Recht[10]). Für die Rechtsgeschichte war besonders thätig Heinecke († 1741)[11]). Als Praktiker zeichneten sich in Deutschland in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts aus: Pufendorf († 1785) und Hellfeld († 1782), dessen iurispr. forensis, nach der Legalordnung[12]), bei Glück's grossem Pandekten-Comment. zu Grunde liegt.

VII. Eine völlige Reform der Wissenschaft begründeten aber endlich in Deutschland Hugo (geb. 1764, † 1844 s. o. S. 2, 7, 27.) und Friedrich Carl von Savigny (geb. 21. Febr. 1779 zu Frankfurt a. M., Rechtslehrer in Marburg, Landshut, Berlin, 1842—1848 preuss. Justizminister, † 25. October 1861)[13]). Hugo und noch mehr Savigny wurden die Gründer der heutigen Civilistenschule. Sie setzten das Historische und Praktische in die richtige und fruchtbare Verbindung und gingen, wie früher die französische Schule, wieder mehr auf die Quellen zurück, nur nicht so exclusiv. Die Namen der bedeutenderen neueren juristischen Schriftsteller sind zum grossen Theil schon aus den in den §§. 3. u. 28. angegebenen Quellenausgaben bekannt. Eine vollständige Aufzählung liegt ausser dem Plane dieses Werkes[14]). Besonders hervorragende und die neuesten Monographien verzeichnen wir bei den einzelnen Lehren.

10) Pandect. Lehrb. u. Exercitationes. — 11) Opera omnia, Genevae 1773. 9 Bde. 4., Elementa iuris civ. ed. 2 cur. Biener 1815 [nach der Legalordnung, dazu Höpfner's († 1797) jetzt veralteter grosser Commentar, 8. Aufl. von Weber] Antiquitat. iuris Romani, ed. 20 curav. Mühlenbruch 1841. — 12) Letzte Ausgabe von Oeltze. Jenae 1806.

13) Savigny's Werke sind: Das Recht des Besitzes 1803, 6. Aufl. Giessen 1837, 7. Aufl. von Rudorff 1865; Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 3. Aufl. Heidelberg 1840; Geschichte des römischen Rechts im M. A. 2. Aufl. 7 Bde. Heidelberg 1834—51; System des heutigen röm. Rechts. Berlin 1840—49. 8 Bde., dazu Sach- und Quellenregister von Heuser, 1851; das Obligationenrecht als Theil des heutigen röm. Rechts. Bd. 1. Berlin 1851. Bd. 2. 1853; Vermischte Schriften. 5 Bde. Berlin 1850.

14) Vgl. Lipenii bibliotheca realis iuridica. 2 vol. 1757, cum supplem. Schottii 1775, Senckenberg. 1789, Madihn. 1816. 32.; v. Vangerow, Lehrbuch der Pand. §. 8—10.; Puchta, Pand. §. 9. a.; Arndts, Pand. §. 16—20.; Windscheid, Pand. §. 7—12. a.

VIII. Als umfassende exegetisch-dogmatische Werke mit reichhaltiger Dogmengeschichte erwähnen wir noch:

Glück, Erläuterung der Pandekten (nach Hellfeld)[15], fortgesetzt von Mühlenbruch[16], von Fein[17], dazu 4 Registerbde. und Ergänzungen von Reinhardt[18], sodann wieder Fortsetzungen von Arndts[19], (nunmehr bis Buch 32 Dig. reichend). Die Serie der Bücher 37. 38. übernahm Leist[20], und die Serie der Bücher 39. 40. übernahm Burkhardt[21].

v. Vangerow († 1870)[22]. R. v. Holzschuher[23], und die Rechtslexika von Weiske[23a] und Holtzendorff[23b].

IX. Die neueren nach selbstgewähltem System verfassten Pandektenlehrbücher, d. d. Detaildarstellungen des heutigen röm. Privatrechts sind von Thibaut[24], Mühlenbruch[25], Göschen († 1873)[26], Puchta († 1846)[27], Rosshirt[28], Schmid[29], Boecking († 1870)[30], Arndts[31], Keller († 1860)[32], Sintenis († 1868)[33], Windscheid[34], Seuffert[35], Brinz[36], Baron[37]. Eine encyclopädische Uebersicht des heutigen röm. Rechts gab Bruns[38].

15) Bd. 1—34. Erlangen 1790—1830. — 16) Bd. 35—43. 1832—43. — 17) Bd. 44. 45. 1851—53. — 18) 4 Bde. 1833—1840. — 19) Bd. 46—48. 1868—75. — 20) Es erschien bereits Th. I. davon 1870, Th. II. 1873. — 21) Davon erschien Th. I. 1871, Th. II. 1875. — 22) Lehrbuch der Pand., (ein Grundriss mit zahlreichen historisch dogmatischen ausführlichen Anmerkungen, besonders über neuere Controversen) Bd. I. II. 7. Aufl. 1863, 67. Bd. III. 7. Aufl. 1868 f. — 23) Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts. 3 Bde. (3. Aufl. v. Kuntze 1863—64). — 23a) 15 Bde. u. Repertor. Leipz. 1838—62. — 23b) 2. Th. d. Encycl. 2 Bde. 2 Aufl. Leipz. 1874 f. — 24) Syst. d. Pand. R. 8. Aufl. v. Buchholz 1846. — 25) Doctrina pandectarum. 3. vol. ed. III. 1830 sq. und in deutscher Bearbeitung. 4. Ausg. v. Madai 1844. — 26) Vorles. über das gem. Civilr. 3 Bde. 1838—40. — 27) 11. Aufl. 1872. Dazu: Vorlesungen 2 Bde. 5. Aufl. von Rudorff 1862; ferner: Rechtsfälle, von Girtanner. 4. Aufl. 1869, deren Lösung versucht ist in Pagenstecher's Pandektenpraktikum. Heidelberg 1854. — 28) Gem. deutsches Civilr. 3 Bde. 1840. 41. — 29) Handb. des gegenw. gelt. gem. deutsch. bürgerl. Rechts. Bd. I. II. Eigenthum, Emphyteusis, Superficies, Erbleihe, Lehnrecht 1847. 1848. — 30) Bd. 1. 2. Aufl. 1853. Bd. 2. erste Lieferung 1869, ausserdem: Pandektengrundriss mit reichen Quellen- und Literaturbelegen. 5. Aufl. 1861. — 31) 8. Aufl. 1874 vielfach einfacher und fasslicher als Puchta, und jetzt mehr als dieser verbreitet. Von demselben Verf. jetzt auch Gesammelte civil. Schriften. 3 Bde. Stuttg. 1873 f. — 32) Herausgegeben von Friedberg 1861. 2. Aufl. von Lewis 1866. — 33) Das prakt. gem. Civilrecht. 3 Bde. 3. Aufl. 1868. — 34) Bd. I. 3. Aufl. 1870; Bd. II. Abth. 1. 2. 2. Aufl. 1868; Bd. III. 1869 f.; Wort-, Sach- und Spruchregister dazu. Düss. 1874. — 35) 3 Bde. 4. Aufl. 1860 ff. — 36) 1857—1868. 2. Heft. 1. Lief. 1873, 2. Lief. 1874. — 37) Pandekten. Leipzig 1871 ff. — 38) In v. Holtzendorff's Encyclopädie der Rechtswissenschaft. Leipzig 1873. 2. Aufl. S. 311—449.

Für Pandekten-Praktiken sind ausser der erwähnten Sammlung Girtanner's zu empfehlen die von Briegleb und zwei von Jhering[39]).

Eine Uebersicht der neueren Literatur über Controversen enthält: C. Mathiä, Controversenlexikon des röm. Civilrechts[40]).

X. Ausgezeichnete Bearbeitungen des gemeinen Rechtes in Verbindung mit Partikularrecht sind:

Wächter, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts[41]), Unger, System des österr. allgemeinen Privatrechts[42]); Förster, Theorie des preussischen Privatrechts[43]), Dernburg, desgl.[43a]); Roth, das baierische Civilr.[43b]); Böhlau, Mecklenburg. Landrecht[43c]); Siebenhaar, Commentar zum bürgerl. Gesetzbuch für das Königreich Sachsen[43d]).

XI. Es gehören mehr zur Pandekten- als zur Institutionenliteratur und berücksichtigen auch das Rechtshistorische:

Mackeldey, Lehrb. des heutigen röm. Rechts[44]), Puchta, Cursus der Institutionen[45]). Puchta gibt zugleich eine ausführlich angelegte Geschichte des Rechts. Aehnlich mit ungleicher Ausführlichkeit auch Kuntze, Inst. und Gesch. des röm. Rechts[46]).

XII. Es wird auch zugleich das Rechtshistorische bald in grösserem, bald in geringerem Umfange berücksichtigt in den Institutionenlehrbüchern (nach selbstgewähltem System) von Schilling[47]), Burchardi[48]), Marezoll[49]), Scheurl[50]), C. Müller[51]), Warnkönig[52]), Boecking[53]), Salkowski[54]), Rein[55]), Maynz[56]), van Wetter[57]).

XIII. Ausserdem sind noch als neuere historische Bearbeitungen des römischen Rechtes hervorzuheben die von

39) Vgl. o. Note 26; Briegleb, Rechtsfälle zum akademischen Gebrauch. 2 Bde. Göttingen 1848—50; Jhering, Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen. 2. Aufl. Jena 1870; Desselb., Die Jurisprudenz des gewöhnlichen Lebens. 2. Aufl. Jena 1873. — 40) Leipzig 1857 ff. 3 Bde. kl. Fol. — 41) Nur 2 Bde. Stuttgart 1839—42. — 42) Bis jetzt Bd. 1. 2. 6. Leipzig 1856. 59. 64. 3. Aufl. 1868. — 43) 2. Aufl. 4 Bde. 1856—1871. — 43a) 1 Bd. Halle 1870—74. — 43b) 3 Bde. Tüb. 1871—74. — 43c) 2 Bde. Weimar 1871—74. — 43d) 2. Aufl. 3 Bde. Leipz. 1869. — 44) (Urspr. Institutionen.) 14. Aufl. von Fritz 1862—63. — 45) 3 Bde. (Der 3. Band erschien erst nach dem Tode des Verfassers nach einem Collegienheft desselben). 7. Aufl. von Rudorff 1871 f. — 46) Leipzig 1869. 2 Bde. — 47) Bd. I. Buch 1. 1834. Bd. II. III. 1837. 1846. — 48) 2 Bde. 1841—47. — 49) 10. Aufl. von Schirmer 1874. — 50) 6. Aufl. 1873. — 51) Leipzig 1858. — 52) Commentar. iur. rom. priv. III. tom., ed. 4. Bonn. 1860. — 53) Röm. Privatrecht, Instit. des röm. Civilr. 2. Aufl. Bonn 1862. — 54) Lehrb. d. Instit. Leipz. 1868. — 55) S. o. §. 3. S. 12. Note 32. — 56) Cours de droit rom. 3. éd. Bruxelles 1870 f. — 57) Cours élémentaire du droit romain. tome I. Gand. 1870. Abriss der Quellengesch.

Zimmern († 1829)[58], Walter[59], Smolders[60], Rudorff († 1874)[61], Esmarch[62], Namur[63], Danz[64], Keller[65], Pachmann[66], A. Rivier[67], Bruns (Gesch. u. Quellen d. röm. Rechts[68]).

XIV. In die gefährlichen Bahnen des Construirens von allgemeinen Principien, in denen sich die Entwickelung des Rechtes zusammenfassen lasse, lenkte ein das an geistvollen Ausführungen übrigens reiche Werk von *Rud. Ihering*, Der Geist des röm. Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung[69]).

XV. Unter den Zeitschriften sind hier zu erwähnen: Hugo, civil. Magazin. 6 Bde. Berlin 1791—1837. — Magazin f. die Phil. u. Gesch. des Rechts und der Gesetzgebung v. Grolmann. 2 Bde. Giessen 1800—1807; von da ab als Mag. f. Rechtsw. u. Gesetzg. v. Grolmann u. Löhr Bd. 3. u. 4. Hft. 1—3. 1820—25. Hft. 4. 1844. — Zeitschr. f. gesch. Rechtsw., begründet v. Savigny, Eichhorn, Göschen. Berl. 1815—1850. 15 Bde. — Archiv f. die civ. Praxis, begründet v. Gensler, Mittermaier u. A. seit 1814—67. 50 Bde. — Zeitschr. f. Civilr. u. Process (als Giess. Zeitschr. cit.), herausg. v. Linde u. A. Giess. seit 1827. 20 Bde. Dies. Zeitschr. Neue Folge von 1844—64. 21 Bde. — Rhein. Museum f. Jurispr., Philol., Gesch. und griech. Philos., begründet von Hasse, Böckh, Niebuhr, Brandis, erster Jahrgang. Bonn 1827. Seitdem erschien die jur. Abth. unter dem Titel: Rhein. Mus. f. Jurispr. bis 1835. 7 Bde. — Themis, Zeitschr. f. prakt. Rechtswiss., herausgeg. v. Elvers. 2. Bde. Gött. 1827—29. Ders. Zeitschr. Neue Folge Bd. 1. Gött. 1838—41. — Zeitschr. f. Civil- und Criminalr. v. Rosshirt, Heidelb. 1830 ff., 6 Bde. — Jahrb. f. hist. u. dogm. Bearb. des R. R., herausg. v. K. u. W. Sell, Braunschw. 1841—44. 3 Bde. — Arch. f. pract. Rechtsw. aus dem Gebiete des Civilr. u. des Criminalr., herausgeg. von Schäffer, Seitz u. Hoffmann. Bd. 1. Regensburg 1852 ff., Bd. 2—10. Marb. 1854 ff., N. F. Darmstadt 1864 ff. — Jahrb. f. die Dogmatik des heut. röm. und deutschen Privatrechts, herausg. v. Gerber u. Jhering. Jena seit 1857—65. 68 ff. seit Bd. 10. herausgeg. von Jhering und Unger. — Jahrb. des gemeinen deutschen Rechts, herausg. v. Bekker u. Muther. Leipzig 1857—62. 6 Bde. — Oesterreichische Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatswissenschaft, herausg. v. Haimerl († 1867). Wien 1858—66. 18 Bde. — Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Erlangen 1858 ff. — Hiersemenzel († 1869), Preuss. Gerichtszeitung, Berlin 1859 f., von 1861—67 Deutsche Gerichtszeitung, Organ des deutschen Juristentages. — Zeitschr. f. Rechtsgeschichte, herausg.

58) Bd. I. und III. Heidelb. 1826—29., unvollendet. — 59) 2 Bde. 3. Aufl. Bonn 1860. 61. s. o. S. 16. — 60) Manuel d'histoire du droit rom. Louvain 1839 f. — 61) 2 Bde. Leipzig 1857. 59. s. o. S. 16. Note 2. — 62) 1855. 56. — 63) Cours d'institutes et d'histoire du droit romain. Gand. 1864. — 64) 2 Bde. 2. Aufl. Leipzig 1871 f. Grundriss mit zahlreichen Ausführungen. — 65) Grundriss mit zahlreichen Ausführungen. Berlin 1854—1858. — 66) Vorschule des röm. Rechts. Wien 1858. (bloss äussere Rechtsgeschichte). — 67) Introd. historique du droit rom. Bruxelles 1871 f. — 68) In v. Holtzendorff's Encyclopädie der Rechtswissenschaft. Bd. 1. 2. Aufl. Leipzig 1873. S. 76—126. — 69) Bd. I. II. (1852. 54. 2. Aufl. 1866), Bd. III. (1865. 1. Abth. 2. Aufl. 1871). Vgl. über diese und andere Schriften der Art Vering, röm. Erbrecht. Heidelberg 1861. S. 3—11.

v. (Rudorff †), Bruns, Böhlau u. A. Weimar 1861 ff. — Grünhut, Zeitschr. für das Privat- und öffentl. R. der Gegenwart. Wien 1874 ff.

Speciell kritische Zeitschriften sind: Krit. Arch. der neuesten jur. Litt. u. Rechtspflege, herausg. v. Danz u. A. Tüb. 1801—10. 6 Bde. Jahrb. der gesammten deutschen jur. Litt., herausgeg. von Schunck. Erl. 1826—36. 27 Bde. — Krit. Jahrb. f. d. deutsche Rechtswissensch., herausgeg. v. Richter und Schneider. Leipzig 1837—48. 24 Bde. — Krit. Zeitschr. f. d. gesammte Rechtswissensch., herausgeg. v. Brinckmann, Dernburg u. A. Heidelberg 1853—59. 5 Bde. — Krit. Ueberschau der deutschen Gesetzg. und Rechtswissenschaft, herausgeg. v. Arndts, Bluntschli u. Pözl. München 1853 bis 1859. 6 Bde. — Jahrbuch der deutschen Rechtswissensch. und Gesetzg., herausgeg. v. Schletter. Erlangen 1858—70. — Krit. Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgeg. von Pözl und von Bd. 6. an Bekker, seit Bd. 10. herausg. von Pözl und Windscheid, seit Bd. 14. [1871] von Pözl und Brinz, München seit 1859.

Wir erwähnen noch zwei französ. Zeitschriften, welche mitunter auch römisch-rechtliche Abhandlungen und Kritiken enthalten: *Revue historique de droit français et étranger* par Laboulaye, Rozière, Dareste, Ginoulhac. Paris. Durand (bis 1869. 15 Jahrgänge); *Revue critique de legislation et de jurisprudence* par Wolowski, P. Pont, Helie, Bonjean, Giraud, Bertauld, Batbie. Paris 1855—1869, 35 Bde.; *Revue de legislation,* de M. M. Laboulaye, de Rozière, Dareste. Paris seit 1870; ferner die holländ. Bydragen tot Regtsgeleerdheid en wetgeving, herausg. von Den Tex und van Hall. Amsterd. 1826—38. (12 Bde.) und Nieuwe Bydragen tot Regtsgeleerdheid seit 1851; endlich eine italienische juristische Monatschrift des um die Wiederbelebung des römischen Rechtsstudiums in Italien verdienten Professors Filippo Serafini: *Archivio Giuridico.* Bologna (seit 1867 bis 1875. XIV Bde.)

Als Repertorium der Praxis der Gegenwart ist endlich zu erwähnen: Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in Deutschland. München 1847 ff., fortgesetzt seit 1863 von Bd. 16 an von A. F. W. Preusser.

XVI. Repertorien der im 19. Jahrhundert in Zeitschriften erschienenen Abhandlungen sind:

Sickel, Repert. über die in den Jahren 1802 bis mit 1834 erschienenen Sammlungen jurist. Aufsätze und rechtl. Entscheidungen. 2 Bde. Leipz. 1835. — Kappler, Jurist. Promptuarium. Ein Repert. über alle in d. J. 1800—1837 erschienenen Abhandl. etc. 2. Ausg. mit Suppl. Stuttgart 1837.

XVII. Ausschliesslich die reichhaltige Dissertationen-Literatur weisen nach: Vogel, Lexicon literaturae academ.-iur., quo tituli dissert., programm. aliarumque comment. iurid. ab acad. initiis usque . . . 1837 . . . continentur. Lipsiae 1838. 2. (Titel) Ausg. 1841.

Catalogus dissert. et orat. iurid. defens. et habit. ab a. 1600. usque ad 1866 in academiis Neerlandiae, Germaniae et Sueciae Cur. E. J. van Lier. Amstelodam 1867. (Ein in Deutschland wohl ganz unbekanntes, bes. wegen der Nachweisungen über die reiche holländ. Diss.-Literatur werthvolles Werk.) Eine Reihe von Dissert. sind gesammelt in Barth, Sammlung auserlesener, theils ursprünglich deutscher, theils aus dem Latein. übers. Dissert. aus dem Gebiete des gem. Civilrechts. 5 Bde. Augsburg 1835—46.

Kapitel III.

Die Natur der Rechte im subjektiven Sinne.

§. 34. Von der Ausübung der Rechte.

I. Es kann Jeder das ihm zustehende Recht (facultas agendi) in vollem Umfange ausüben, selbst wenn Andere dadurch noch so sehr verletzt würden.

Qui iure suo utitur, neminem laedit, nemini facit iniuriam. Vgl. l. 55. 151. 155. §. 1. de R. J. L. 17.

Nur dann muss man die Ausübung eines Rechtes unterlassen, wenn diese zur Chikane Anderer geschehen würde, d. h. wenn der Berechtigte von der Ausübung keinen Vortheil, wohl aber ein Anderer einen Nachtheil haben würde. Die ausserordentliche Rechtshülfe, die demjenigen zu Theil wird, zu dessen Chikane ein Anderer ein Recht ausübt, kam aber erst in der späteren Kaiserzeit auf.

II. Jedes Recht ist erzwingbar, aber der Regel nach nur durch gerichtliche Hülfe.

III. Auf jedes Recht kann verzichtet werden, ausser so weit als damit zugleich *wesentliche* Verbindlichkeiten correspondiren.

§. 35. Die Eintheilung der Rechte im subjektiven Sinne[1]).

I. Die Rechte zerfallen in Familien- oder Zustandsrechte und Vermögensrechte. Unter den Vermögensrechten unterscheidet man dingliche und Forderungs-Rechte (Obligationen).

II. Dingliches Recht ist die völlige oder theilweise Herrschaft über eine Sache, die Sache ist hier der unmittelbare Gegenstand des Rechtes, die Herrschaft über die Sache der unmittelbare Inhalt des Rechtes.

Die dinglichen und die Zustandsrechte sind absolute Rechte, d. h. die man gegen Jeden hat; aber die Verbindlichkeit, die hier

§. 35. 1) Savigny, System I. §. 52—59; Neuner, Wesen und Art der Privatrechtsverhältnisse. Kiel 1866; Bruns a. a. O. III. 1. §. 3. (S. 314—316.)

jeder Dritte hat, ist nur eine negative, (die Verpflichtung zu einem non facere oder pati[2]). Zum Schutze unseres dinglichen Rechtes haben wir eine *actio in rem* gegen Jeden, der sich mit unserem Rechte in Widerspruch setzt[3]).

III. Obligationen sind Rechte auf eine fremde Handlung, die ein vermögensrechtliches Interesse gewährt. Obligationen sind relative Rechte, die man nur gegen eine bestimmte Person hat; Rechte, deren ganzer Inhalt durch die Verbindlichkeit des Anderen, des bestimmten Debitors, erschöpft ist. Die Verpflichtung des Schuldners kann hier sowohl eine positive (facere) wie eine negative (non facere oder pati) sein. Aber nur der debitor kann hier unser Recht verletzen, und wir haben daher auch nur gegen ihn eine Klage, eine *actio in personam.*

IV. Ausserdem werden die Rechte in principale und accessorische, personale und reale[4]), gemeine und privilegirte eingetheilt.

§. 36. Von den Privilegien[1]).

I. *Privilegium* ist das durch einen besonderen Erlass (lex specialis) der gesetzgebenden Gewalt bloss für einen einzelnen Fall unmittelbar begründete Recht[2]).

II. Man unterscheidet privilegia † *favorabilia*, durch welche ein Vortheil gewährt, und privilegia *odiosa*, durch welche eine Last aufgelegt wird. Die favorabilia sind entweder † *gratiosa*, d. h. durch blossen Gnadenakt verliehen, oder † *onerosa*, d. h. nur gegen eine Gegenleistung erlangt worden.

III. Es gibt keine eigentlichen priv. † *conventionalia*, d. h. es kann zwar wohl die gesetzgebende Gewalt durch einen Vertrag sich zur Verleihung des Privilegs verpflichten, aber das Privileg selbst entsteht nicht schon durch den Vertrag, sondern erst durch den Erlass der gesetzgebenden Gewalt.

IV. Privileg. *personae* heissen die nicht vererblichen; privileg. *causae* die vererblichen Privilegien. Im Zweifel werden priv. personae angenommen[3]).

2) D. h. die Pflicht der Nichtverletzung fremder Herrschaftsrechte resp. die Pflicht der Anerkennung (und Nichtverletzung) des persönlichen Rechtszustandes und der zur Geltendmachung desselben nöthigen Freiheit.

3) Vgl. darüber sowie über die rechtliche Natur der Familienrechte u. §. 114. nr. II. 10.

4) Vgl. im folgenden §. nr. V.

§. 36. 1) X. in VIto und Clem. de privilegiis. V. 33. V. 7. — 2) Vgl. §. 10. nr. I. S. 17, §. 25. S. 43.

3) Mod. l. 196 de R. I. L. 17.; Paul l. 68 eod. Beispiele eines *privileg. personae* enthalten: l. 42. de adm. et per tut. XXVI. 7; l. l. 24. 25. de re iud. XLII. 1; l. 7. pr. de except. XLIV. 1; l. 1. §. 1. de iure immun.

V. Privileg. † *personalia* sind diejenigen, welche unmittelbar einer physischen oder juristischen Person zustehen; privil. † *realia* sind solche, welche dem jeweiligen Besitzer eines Gutes zustehen.

VI. Um die Existenz eines Privilegs darzuthun, muss man entweder die lex specialis, oder die Ausübung des Privilegs seit unvordenklicher Zeit beweisen.

VII. Der materielle Inhalt eines Privilegs ist stricte zu interpretiren[4]). Privilegia † *ad instar (alterius)*, d. h. solche, welche sich auf ein früheres beziehen, müssen mit Hülfe jenes früheren interpretirt werden. Privilegien sind ungültig, insofern sie mit schon vorhandenen wohlerworbenen Rechten in Widerspruch treten.

VIII. Zur Geltendmachung des Privilegs dient die Klage, welche zur Geltendmachung des Rechtes dient, welches den Inhalt des Privilegs ausmacht; in der Praxis hat man mitunter allgemein die actio confessoria zur Geltendmachung des Privilegs, die actio negatoria allgemein gegen den ein Privileg Usurpirenden angewandt.

IX. Privilegien erlöschen durch Eintritt einer Resolutivbedingung oder eines dies ad quem, durch Verzicht, durch Untergang des Subjekts, und in folgenden Fällen durch Widerruf:

a) wenn das Privilegium † ad suae voluntatis bene placitum, d. h. auf Widerruf ertheilt ist;

b) gegen vollständige Entschädigung, wenn das Staatswohl die Aufhebung dringend nöthig macht;

c) wenn vorher durch richterliche Sentenz der Missbrauch des Privilegs festgestellt ist.

Durch Nichtgebrauch erlöschen die Privilegien an sich nicht. Sie können aber durch entgegenstehende Verjährung der aus ihnen entspringenden Rechte untergehen. Negative Privilegien gehen unter durch Ersitzung des Rechts (acquisitive Verjährung) in der Person dessen, dem gegenüber das Privilegium Freiheit gewährt. Affirmative Privilegien gehen unter durch Extinctivverjährung (usucapio libertatis) in der Person dessen, welcher durch das Privilegium verpflichtet wurde. In beiden Fällen tritt der normale Zustand wieder ein. Die Erfordernisse der Verjährung (Er-

L. 6; l. 4. §. 3. de censib. L. 15; l. 13. Cod. de excus. mun. X. 47. Beispiele eines *privileg. causae*: l. 6. de in integr. rest. IV. 1; l. 18. §. 5. de minor. IV. 4; l. 7. pr. ad S. C. Maced. XIV. 6; cit. l. 7. §. 1. de except.

4) Vgl. o. §. 25. S. 43.

sitzung resp. Klagverjährung) sind ganz dieselben, wie bei den Rechten derselben Art überhaupt[5]).

§. 37. Von den Rechtswohlthaten.

Beneficium iuris (bisweilen ebenfalls *privilegium* genannt) ist das zufolge einer lex singularis erlangte Recht. Das einzige Besondere dabei ist, dass das beneficium keiner analogen Ausdehnung fähig und stricte zu interpretiren ist[1]).

5) Die einzigen Quellen des gemeinen Rechts sind: l. 1. Dig. de nund. L. 11; cap. 6 u. 15 X. de privil. V, 33. Lit. bei Vangerow I. §. 116. (S. 172—173 der 7. Aufl.)

§. 37. 1) Vgl. o. §. 10. nr. II. S. 17. §. 25. S. 43.

Kapitel IV.

Von den Voraussetzungen der Rechte im subjectiven Sinne oder von der Persönlichkeit.

§. 38. I. Begriff und Arten der Personen.

I. Persönlichkeit ist die Fähigkeit, Rechte zu haben und zu erwerben. Bei den Römern war nicht jeder Mensch eine Person; der Sclave war Rechtsobject, Sache. Nur der civis Romanus hatte die Persönlichkeit nach *ius civile;* die Peregrinen, ursprünglich nur die verbündeten Peregrinen, hatten nur eine Persönlichkeit nach *ius gentium* und nach ihrem besonderen Landrechte. Im heutigen Rechte dagegen ist jeder Mensch eine Person.

II. Diejenige Persönlichkeit, deren Repräsentant ein einzelner physischer Mensch ist, heisst *physische Person.* Personen, deren Träger nicht ein einzelner physischer Mensch, sondern entweder eine Mehrheit von physischen Personen († *universitas personarum*, Corporation) oder ein Gütercomplex, Vermögensinbegriff *(pium corpus*, Stiftung), oder gar ein überhaupt nicht mit dem leiblichen Auge, sondern ein nur mit dem Verstande an seinen juristischen Wirkungen erkennbares Wesen, ein Rechtsbegriff (wie bei den Römern die *hereditas iacens*) [1]) bildet, — ein solches rechtsfähiges Wesen heisst: *juristische Person* [2]).

II. Von den physischen Personen.

§. 39. Die Entstehung der physischen Persönlichkeit [1]).

I. Die Persönlichkeit entstand bei den Römern für die bisherigen Sclaven durch Freilassung, und in den Fällen, wo ein Sclave in Folge gesetzlicher Bestimmung *ipso iure* von selbst frei wurde [2]). Durch Geburt von einer Römerin erlangte das Kind die Persönlichkeit nach Civilrecht; durch Geburt von einer Peregrina die Persönlichkeit nach ius gentium. Heutzutage erlangt jeder Mensch von seiner Geburt an die Persönlichkeit. Voraussetzung für den Erwerb der Persönlichkeit

§. 38. 1) Vgl. u. §. 247. — 2) Vgl. u. §. 62.

§. 39. 1) Dig. I. 5. De statu hominum.; Inst. I. 3. de iure personarum.; Vangerow §. 32. — 2) S. u. §. 45 ff.

durch die Geburt ist aber, dass 1. das Kind nicht mehr *pars viscerum matris*, sondern vollständig vom Mutterleibe getrennt ist, sei es durch natürliche oder künstliche Geburt. 2. Dass das Kind nach der Trennung vom Mutterleibe lebt. Die Proculianer verlangten, dass das Kind zum Zeichen seines Lebens nach der Geburt geschrieen habe, während die Sabinianer, für deren Ansicht sich Justinian entschied, auch jedes andere Lebenszeichen für genügend erklärten. Das Kind braucht aber, um als Person zu gelten, nicht lebensfähig zu sein [3]). 3. Dass das Kind menschliche Gestalt hat. Ob es diese habe, oder ob es eine Missgeburt (portentum, monstrum) und also keine Person sei, haben nicht die Juristen, sondern die Aerzte und Hebammen, und zwar nicht bloss aus der Bildung des Kopfes (wie man oft aus einer unpassenden Analogie von der Bestimmung des *locus religiosus* [4]) herleiten wollte), sondern unter Berücksichtigung der gesammten Körperbildung zu entscheiden.

II. In den Quellen heisst es ausdrücklich, dass das noch nicht geborene Kind noch ein blosser Theil der mütterlichen Eingeweide (pars viscerum matris) [5]) und noch kein homo [6]) sei. Und demgemäss rumpirt auch noch nicht der concipirte, aber todt geborene präterirte postumus das väterliche Testament, sondern erst der lebendig geborene postumus [7]). Jedoch sagen die Quellen: *nasciturus pro iam nato habetur* [8]). Diess heisst aber nicht, das Kind im Mutterleibe sei schon eine präsente Person, sondern deutet nur darauf hin, dass, wenn eine Schwangerschaft vorliegt, der Keim eines künftigen Kindes bereits den Schutz des Gesetzes erhalten soll. Desshalb soll schon nach den XII Tafeln eine schwangere Frau nicht hingerichtet, nicht geschlagen werden, es sollen für das zu erwartende Kind alle Rechte aufbewahrt werden (z. B. Erbtheile), die ihm bei seiner Geburt zukommen würden, und die Frau kann schon während

3) Vielfach von der gemeinen Meinung abweichend ist die scharfsinnige Abhandlung von Wächter, Comment. de partu vivo non vitali. 5 partt. Lips. 1863—66. pars 1—3; (deutsch von Fitting im Archiv für civilist. Praxis. Bd. 50. 1867. S. 1—26), welcher die wegen zu früher Geburt zur Fortsetzung des Lebens nicht fähige Leibesfrucht für rechtsunfähig erklärt, dagegen inconsequent einer auf anderen Ursachen beruhenden Lebensunfähigkeit keinen Einfluss auf die Rechtsfähigkeit einräumen will. Die gemeine von Savigny, System II. Beilage III. (S. 385—417) begründete Meinung behauptet (richtig) gegen Wächter und den sich ihm anschliessenden Windscheid (I. §. 52. Note 8) die absolute Einflusslosigkeit der Lebensfähigkeit auf die Rechtsfähigkeit. Vgl. die Literatur bei Sarrazin, De partu vivo non vitali. Diss. inaug. Berol. 1870. pag. 8—9.

4) S. u. §. 65. — 5) Ulp. l. 1. Dig. de inspic. ventre XXV. 4. — 6) Papinian l. 9. §. 1. Dig. ad leg. Falcid. XXXV. 2. — 7) Vgl. u. §. 261. 8) L. 7. 26. Dig. h. t. I. 5.; l. 231 de V. S. L. 16.

ihrer Schwangerschaft eine bonorum possessio an dem Erbtheil ihres zu erwartenden Kindes erlangen[9]).

§. 40. Der Einfluss des Todes auf die physische Persönlichkeit[1]).

I. Die civilrechtliche Persönlichkeit endigte bei den Römern durch Verlust der Civität, und sogar die Persönlichkeit nach *ius gentium* hörte mit Eintritt in die Sclaverei auf. Dagegen mit dem Tode eines Menschen endigte nach römischem Rechte eigentlich seine Persönlichkeit selbst, in vermögensrechtlicher Hinsicht, nicht; sondern nur deren seitheriger Träger fiel weg, indem der Erbe der neue Träger der Persönlichkeit des Erblassers werden sollte[2]).

II. Wenn sich nicht beweisen lässt, welche von mehreren Personen zuerst gestorben sei, so gelten sie als gleichzeitig verstorben[3]), und es kann dann kein Recht geltend gemacht werden, dessen Erwerb davon abhängt, dass die eine Person vor der anderen gestorben sei. Etwas Anderes ist es freilich, wenn es zum Erwerbe eines Rechtes wesentlich nur darauf ankommt, dass die eine Person nicht länger gelebt habe, als die andere. Man muss daher stets bei der Entscheidung eines einzelnen bestimmten Falles darauf sehen, ob nach dem wahren Sinne der zu Grunde liegenden Disposition etwas darauf ankommt, dass die eine Person früher als die andere gestorben sei. So z. B. kommt, wenn ein Vater dem zuletzt sterbenden seiner unmündigen Kinder den Titius zum Erben [Pupillarsubstituten] ernannt hat, nichts darauf an, ob die Kinder nach einander oder zusammen in der Unmündigkeit sterben: in beiden Fällen erhält Titius den ganzen Nachlass der Kinder[4]). So soll ferner die Schenkung auf den Todesfall oder unter Ehegatten auch in Kraft treten, wenn Schenker und Beschenkter zusammen gestorben sind[5]).

III. Ausnahmsweise soll aber, wenn *Ascendenten* und *Descendenten* in einer gemeinsamen Lebensgefahr zusammen umkommen und sich nicht beweisen lässt, wer zuerst gestorben sei, angenommen werden, der Ascendent sei früher als der bereits mün-

9) Vgl. u. §. 269.

§. 40. 1) Gaedeke, De iure commorientium. Rostock. 1830. — 2) S. u. §. 247. — 3) L. 18. pr. de reb. dub. XXXIV. 5., l. 9. §. 3., l. 16. §. 1., l. 17. eod., l. 34 ad S. C. Trebell. XXXVI. 1.

4) L. 9. pr. de reb. dub. XXXIV. 5., über deren Lesart vgl. Vangerow I. §. 33. S. 68 d. 7. Aufl. Es ist dort nämlich nach den Worten ubi simul einzuschieben: num utrique heres sit etc.

5) L. 26. de m. c. don. XXXIX. 6.; l. 8. de reb. dub. XXXIV. 5.; l. 32. §. 14. de don. inter virum et uxorem. XXIV. 1.

dige Descendent, aber später als der noch unmündige Descendent gestorben[6]).

IV. Eine andere Präsumtion, wobei nicht zwischen Mündigen und Unmündigen unterschieden wird, gilt zu Gunsten des patronatischen Intestaterbrechts und des Universalfideicommisses. Nämlich wenn ein *libertus* zusammen mit seinem Sohne starb, sollte angenommen werden, der Sohn sei früher und somit der libertus kinderlos gestorben, so dass dann das Erbrecht des Patronus in Kraft trat[7]). Ebenso soll in dem Falle, wo die Erbschaft, falls der Erbe ohne Kinder nachzulassen sterben würde, an einen Dritten als Universalfideicommiss restituirt werden soll, das Universalfideicommiss in Kraft treten, wenn der Erbe und dessen Kind zusammen sterben, indem auch hier das letztere als vor seinem Vater, dieser also als kinderlos verstorben angesehen werden soll[8]).

§. 41. Von der Todeserklärung insbesondere[1]).

I. An den Spruch des Psalmen[2]) „siebenzig Jahre währt des Menschen Leben und wenn es hoch kommt, achtzig," hatte ein deutsches Gewohnheitsrecht seit dem 18. Jahrhundert die Vermuthung angeknüpft, dass ein Verschollener mit seinem vollendeten 70. Lebensjahre gestorben sei. Seit der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts werden jedoch, wenn die nächsten Verwandten oder sonstigen Interessenten auf eine Todeserklärung angetragen haben, vom Gerichte zuerst öffentliche Aufforderungen (Edictalien) erlassen, es möge Jeder, der dazu in der Lage sei, vom Leben oder erfolgten Tode des Verschollenen Kunde geben, und erst wenn die in dem gerichtlichen Ausschreiben angesetzte Frist fruchtlos abgelaufen ist', wird nun vom Gerichte ausgesprochen, dass der Verschollene als mit dem vollendeten 70. Lebensjahre verstorben anzusehen sei. Es wird das Vermögen erst nach erfolgter Todeserklärung an die Erben herausgegeben, jedoch die Erbfolge nach dem Zeitpunkte des vollendeten 70. Lebensjahres regulirt. Für den Fall, dass der Verschollene erst nach seinem 70. Lebensjahre

6) L. 9. §. 4. de reb. dub. Der Grund ist der, weil anzunehmen ist, dass der bereits mündige Descendent länger habe der Lebensgefahr widerstehen können, als der Ascendent, so wie umgekehrt. Jener Satz lässt sich daher nicht mit Arndts, Pand. §. 27. auch auf die Fälle beziehen, wo Ascendenten mit Descendenten nicht in gemeinsamer Lebensgefahr umkommen.

7) L. 9. §. 2. de reb. dub. XXXIV. 5. — 8) L. 17. §. 7. ad. S. C. Trebell.

§. 41. 1) Bruns in Bekker's Jahrb. des gem. deutsch. R. I. 5. (1857.) S. 90—201. — 2) Ps. 90, v. 100.

in Verschollenheit gerieth, hat sich wegen der Seltenheit dieses Falles keine feste Meinung gebildet.

Falls der Verschollene erst nach seinem 70., aber vor seinem 80. Lebensjahre in Verschollenheit gerieth, müsste man anknüpfend an den Psalm eigentlich das vollendete 80. Lebensjahr als den Todestag annehmen. Früher nahm man vielfach für den erst nach seinem 70. Lebensjahre Verschollenen das 100. Jahr als Todeszeit an.

Jedenfalls können übrigens die Erben des Verschollenen schon vor jenen Terminen die Auslieferung des Vermögens des Verschollenen zur vormundschaftlichen Verwaltung verlangen. Uebrigens bewirkt auch die Todeserklärung keine Fiction, sondern bloss eine Präsumtion. Kehrt also der für todt Erklärte später zurück, oder erfährt man später mit Gewissheit einen andern Zeitpunkt seines Todes, so wird darnach Alles so viel als möglich hinterher berichtigt.

II. Es hat sich bis jetzt noch keine feste Praxis darüber gebildet, ob auch die Fortdauer des Lebens des Verschollenen bis zu seinem 70., beziehungsw. 80. Lebensjahre zu präsumiren sei und demgemäss bis zu dieser Zeit noch Erbschaften und Vermächtnisse für den Verstorbenen erworben werden könnten. Neuestens haben Manche sogar angefangen, das ganze Institut der Todeserklärung in der Theorie wie in der Praxis als ein nicht genügend festgestelltes Gewohnheitsrecht zu verwerfen [3]).

§. 42. Die Grundlagen der Rechtsfähigkeit bei den Römern *(familia* und *capitis diminutio)* [1]).

I. Familia war bei den Römern zunächst der Inbegriff von Personen und Vermögen, welcher durch den Willen eines selbstständigen römischen Bürgers *(pater familias)* zu einer festen Einheit zusammengehalten wurde.

II. Von diesem allgemeinen Grundbegriffe der familia ausgehend wandten die Römer aber in einer Reihe von Fällen die Bezeichnung familia sowohl in einem erweiterten Sinne, als auch für blosse einzelne Seiten und Wirkungen derselben an. So bezeichnet familia oft den Kreis der *in derselben patria potestas befindlichen Kinder*, oft den Kreis der *Agnaten*, d. h. der Kinder und

3) Vgl. darüber die Literatur bei Arndts, Pandekten §. 26. Anm. 1—3; Windscheid §. 53. Note 1. 2.

§. 42. 1) Gai. I. 8. 9. 48. 49. 55. 108 sqq. II. 102. 104 sqq.; Dig. de his qui sui iur. 1. 6; Ulp. l. 195 de V. S. L. 16; Gai. l. 196 eod. Die näheren Nachweisungen gibt Vering, Römisches Erbrecht. (Heidelberg 1861.) Kap. II. III. S. 25—110.

Enkel in potestate und derjenigen, welche noch unter demselben gemeinsamen Gewalthaber stehen würden, wenn der gemeinsame Stammvater noch lebte, und darum als civilrechtlich verwandt galten; ferner oft die *gens*, d. h. die decuria (der zehnte Theil einer Curie), indem zu den gentes auch die entfernteren Agnaten gehörten. Die gentes hatten eigene *sacra gentilicia* und besondere Kassen für die Ausgaben der *gens*. Und im Erbrechte [2]) und Vormundschaftsrechte [3]) hatten sie genau dieselben Rechte in zweiter Linie, welche die *agnati proximi* in erster Linie hatten. Die gentes verloren im Laufe der Zeit ihre verwandtschaftliche und mit dem Verfalle der Curienverfassung auch die politische Bedeutung. Zu Anfang der Kaiserzeit kamen die gentes völlig *in desuetudinem.*

Bisweilen nannte man auch sogar den ganzen altpatricischen Staat, weil seine Verfassung auf der Zusammensetzung der Curien aus gentes und Familien beruhte, eine familia.

Oft bezeichnete man mit familia die Gesammtheit der Sclaven eines Römers. Endlich bezeichnete man, namentlich wenn man mit Bezug auf den Tod eines *pater familias* von seinem Vermögen redete, dieses als familia.

III. Jeder römische Bürger hatte seine familia, entweder als selbstständiger Beherrscher derselben (*sui iuris persona*, *pater familias, mater familias)*, oder als der Familienbotmässigkeit *(patria potestas* oder *manus)* eines pater familias unterworfen *(alieno iuri subiecta persona*, *filius familias*, *filia familias*, *nepos familias*, *neptis familias* und *uxor in manu)*. Auf das Alter und Geschlecht kam bei der Frage, ob man sui iuris persona oder alieno iuri subiecta persona sei, nichts an. Auch das erwachsene und verheirathete und mit Kindern gesegnete Kind konnte noch unter väterlicher Gewalt sein, und auch eine unverheirathete Person, sogar schon ein unmündiges Kind konnte bereits sui iuris sein; z. B. ein Kind, das nach dem Tode seines Vaters geboren wurde, und ein uneheliches Kind, das juristisch keinen Vater hatte, sowie ein in einem matrimonium iuris gentium geborenes Kind, war sogar von Geburt an sui iuris persona. Als pater familias bezeichnete man jedoch regelmässig nur den Familienvater, und dessen Frau, wenn sie sui iuris war, als mater familias.

IV. Die Stellung in einer bestimmten familia als *sui iuris* oder als *alieno iuri subiecta persona* hiess *status familiae*. Dieser umfasste und bestimmte die ganze civilrechtliche Rechtsfähigkeit des römischen Bürgers, ursprünglich auch in öffentlicher Beziehung, später wenigstens immer noch in privatrechtlicher Hinsicht. Nämlich

2) S. §. 250. nr. II. — 3) S. §. 240. nr. II.

durch die Stellung in der familia und gens, die der Patricier einnahm, bestimmte sich auch seine Stellung in der Curie (indem in den Curiatcomitien nach gentes abgestimmt wurde), und seine Theilnahme an den patricischen Staatssacra, damit also auch seine öffentliche und sacrale Rechtsfähigkeit.

Die private Rechtsfähigkeit des civis Romanus bestand aber aus seinem *connubium* und aus seinem *commercium*. Connubium ist die Fähigkeit eine nach römischem Civilrechte giltige Ehe (iustae nuptiae) abzuschliessen, durch die Erzeugung von Kindern in einer solchen Ehe Bande der patria potestas um diese zu schlingen und dadurch Bande der Agnation, d. h. der civilrechtlichen Verwandtschaft zu knüpfen. Das *ius connubii* beherrscht das *civilrechtliche Familienrecht*. Commercium ist die Fähigkeit, nach Civilrecht Vermögen zu erwerben und vermögensrechtliche Verpflichtungen einzugehen. Durch das *ius commercii* ist also das *civilrechtliche Vermögensrecht* beherrscht.

V. Wer sui iuris war, beherrschte sein connubium selbstständig und ebenso sein commercium; jedoch konnte die femina sui iuris oder mater familias keine patria potestas haben, und daher von ihrer Seite nicht nach Civilrecht die Familie erweitern („Mulier familiae suae caput et finis est")[4]). Wer aber alieno iuri subiecta persona war, dessen connubium wurde von dem pater familias beherrscht. Das Hauskind konnte keine Ehe schliessen ohne die Erlaubniss des pater familias, und dieser konnte ursprünglich auch die Ehen seiner Hauskinder willkürlich trennen. Er hatte auch ursprünglich das Recht, die Hauskinder zu verkaufen, auszusetzen u. s. w. Wenn ein filius familias in iustis nuptiis Kinder zeugte, so standen diese, so lange der Grossvater lebte, in dessen potestas[5]). Was die Herrschaft des pater familias über das commercium der Hauskinder betrifft, so erwarb das Hauskind ursprünglich Alles, was es erwarb, nur für seinen pater familias, während dieser durch die Schulden, die das Hauskind machte, nicht verpflichtet wurde, ausser in gewissen Fällen, wo ein besonderer Grund, z. B. Auftrag oder Bereicherung von Seiten des pater familias, diesen für das von dem Hauskinde abgeschlossene Geschäft haftbar machte[6]).

VI. Trat eine Person aus ihrer bisherigen familia heraus, so hörte sie damit auch auf, das bisherige connubium und commercium zu haben; sie verlor ihre bisherige private Rechtsfähigkeit, ihr bisheriges caput, und man nannte dieses *capitis diminutio minima*. Regelmässig bestand diese in einer blossen familiae mutatio,

4) L. 195. §. 5. de V. S. L. 16. — 5) Vgl. §. 235. nr. 1. — 6) Vgl. §. 43. nr. III.

d. h. die Person erhielt, wenn sie civis Romanus blieb, sofort wieder ein neues connubium und commercium, eine neue familia. Nur einen Fall gab es im älteren Rechte wo die capitis diminutio minima nicht in einer mutatio des Familienstandes, sondern in einem Ruhen oder Gehemmtsein des status familiae bestand. Dieses war der Fall beim Eintritte des Kindes in ein *mancipium*[7]). Eine capitis diminutio minima, wobei eine blosse familiae mutatio stattfand, trat in folgenden Fällen ein:

1. Bei der *emancipatio*, d. h. dem juristischen Akte, durch welchen ein Hauskind aus der väterlichen Gewalt freigelassen und zur sui iuris persona gemacht wurde[8]), also aus der potestas und dem Agnatenverbande des bisherigen pater familias ausschied und selbst nun einen neuen Familienkörper bildete und in Zukunft Alles, was es erwarb, für sich selbst erwarb.

2. Bei der *arrogatio*, d. h. wenn eine sui iuris persona sich unter die patria potestas eines anderen pater familias begab. In diesem Falle wurde nun sofort das connubium des Arrogirten von dem parens arrogator beherrscht und neu gestaltet, so dass die Kinder des Arrogirten ebenfalls in die potestas des parens arrogator kamen. Auch hörte der Arrogirte auf, Agnat seiner bisherigen Agnaten zu sein und trat dagegen in den Agnationsverband mit dem parens arrogator und allen Agnaten desselben. Ebenso erhielt der Arrogirte statt des bisherigen ein neues commercium in Unterordnung unter den parens arrogator. Dieses zeigt sich darin, dass alle Activa des Arrogirten auf den parens arrogator übergingen, während die Schulden untergingen, mit Ausnahme der Erbschaftsschulden, die der parens arrogator, als wäre er nun der Erbe, in vollem Masse bezahlen musste. Denn der Arrogirte galt nun rückwärts so, als wäre er von seiner Geburt an in der potestas des parens arrogator gewesen, so dass Alles, was er erworben hatte, als dem parens arrogator erworben angesehen werden musste, während der pater familias für die Schulden des filius familias nicht haftete. Der Praetor half jedoch der dadurch entstehenden Unbilligkeit ab, indem er den Gläubigern des Arrogirten eine in integrum restitutio gewährte[9]).

3. Ebenso war es bei der *conventio in manum mariti*[10]), wenn die uxor vorher sui iuris persona war. Dagegen bei der conventio in manum mariti, wenn die uxor bis dahin alieno iuri subiecta gewesen war, verhielt es sich so, wie bei der adoptio im engeren Sinne.

4. Bei der *adoptio* (im engeren Sinne, denn zur adoptio im weiteren Sinne gehört auch die arrogatio) hörte der Adoptirte, d. h.

7) S. u. §. 49. V. — 8) S. u. §. 238. nr. V. — 9) Gai. III. 84. IV. 38. Vgl. u. §. 236. nr. V. 9. — 10) S. u. §. 224.

derjenige, welcher aus der potestas seines bisherigen pater familias in die potestas eines anderen pater familias übertrat, auf, Agnat seiner bisherigen Agnaten zu sein und sein connubium wurde jetzt von dem neuen pater familias, in dessen Agnatenverband er nun eintrat, beherrscht, ebenso sein commercium, so dass er Alles, was er erwarb, künftig nicht mehr für den früheren, sondern für den neuen pater familias erwarb.

5. Ebenso wie bei der Arrogation verhielt es sich auch, wenn ein uneheliches Kind durch *legitimatio* in die potestas seines Erzeugers kam. Jedoch war das Hauskind bezüglich des Vermögenserwerbes durch Ausbildung des Peculienrechtes[11]) bereits selbstständiger gestellt, als seit Constantin zuerst Legitimationen aufkamen.

VII. Ausser der *capitis diminutio minima* gab es noch eine doppelte *capitis diminutio magna:* die *media* und *maxima*, wobei man auch den *status familiae*, die Privatrechtsfähigkeit einbüsste. Nämlich wenn ein Römer seine *civitas* verlor, so verlor er damit stets zugleich seine familia, ohne eine neue familia wieder zu erlangen; man nannte den Verlust der *civitas: capitis diminutio media.* Erfolgte diese durch Deportation zur Strafe, so fiel das commercium und damit das ganze Vermögen, Activa wie Passiva (durch Universalsuccession) an den Staat. Endlich wenn ein civis Romanus Sclave wurde, d. h. seine *libertas* und damit auch seine civitas und familia verlor, so nannte man dieses *capitis diminutio maxima*[12]). Sein commercium und damit sein ganzes Vermögen fiel dann (durch Universalsuccession) an den dominus, in dessen Eigenthum er gekommen war, oder wenn er *servus poenae*[13]) wurde, an den Staat. Im heutigen Rechte gibt es keine cap. dim. max. mehr, da wir keine Sclaverei mehr anerkennen. Die cap. dim. media existirt noch; aber die Civität hat nur noch eine politische, keine privatrechtliche Bedeutung. Die cap. dim. minima kommt wie im justinianischen, so auch noch im heutigen gemeinen Rechte vor, wenngleich die Wirkungen derselben im neueren römischen Rechte mehr und mehr abgeschwächt wurden.

VIII. Die Römer bezeichneten die libertas, civitas und familia vorzugsweise als die drei *status*, und wenn sie vom status schlechthin redeten, so verstanden sie darunter den status familiae. Im justinianischen Rechte ist der altcivilrechtliche Begriff der familia überhaupt und sind auch viele, ja die meisten Consequenzen, die auf seiner Grundlage von den Römern aufgebaut waren, verschwunden.

11) S. u. §. 234. — 12) Paulus l. 11. D. de cap. min. IV. 5. — 13) S. u. §. 49.

§. 43. Von der Sclaverei oder dem Mangel der Persönlichkeit insbesondere[1]).

§. 2. *Inst.* de iure personar. I. 3. „ Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur."

I. Sclave ist ein Mensch *(homo)*, welcher nicht (caput d. h.) Rechtssubject, sondern Rechtsobject (homo sine capite), Sache ist[2]). Der dominus hat das *dominium* über den Sclaven, d. h. die Herrschaft über denselben wie über eine Sache, und die *potestas*, d. h. die Herrschaft über den Willen des Sclaven, indem der Sclave, wenngleich Sache, doch ein vernünftiges Wesen ist. Die Sclaverei sahen die Römer als ein zwar contra naturam, aber doch nach ius gentium begründetes Rechtsinstitut an.

II. Der Sclave hatte daher weder nach Civilrecht, noch nach ius gentium eine familia, eine Ehe, oder Verwandte. („Servilis cognatio nulla est")[3]). Ein eheähnliches Geschlechtsverhältniss zwischen Sclaven oder auch zwischen einem Freien und einer Sclavin hiess: *contubernium*. Es wurden nur ob pudorem Geschlechtsverbindungen unter Sclaven in den Fällen nicht zugelassen, wo unter Freien keine Ehen wegen Verwandtschaft zulässig waren.

III. Bis in die Kaiserzeit konnte der Herr ganz willkürlich mit seinen Sclaven verfahren, sie verstümmeln und tödten.

Gai. I. 52; Paul. l. 3. in fine Dig. de cap. minut. IV. 5.: „ . . . servile caput nullum ius habet; ideo nec minui potest." Modest. l. 4.: eod. „Hodie enim incipit statum habere[4]).

Erst in der Kaiserzeit erhielten die Sclaven einigen Rechtsschutz gegen die übermässige Grausamkeit des Herrn. Namentlich wurde durch eine *lex Petronia* (vom Consul C. Petronius Turpilianus i. J. 814 d. St., 61 n. Chr.) und mehrere sich daran schliessende SCta dem dominus bei Strafe untersagt, seinen Sclaven ohne gerichtliche Verurtheilung dem Thierkampfe preiszugeben[5]). *Antoninus Pius* bestimmte, dass der, welcher ohne gerechte Ursache seinen Sclaven getödtet habe, die Strafe der lex Cornelia über die Tödtung eines Menschen erleiden solle[6]), und wenn ein Sclave wegen zu grosser Grausamkeit seines Herrn in die den Göttern geheiligten Haine oder ad statuas principum fliehe, so solle der Magistrat den grau-

§. 43. 1) Inst. de iure pers. I. 3; Gai. I. 52 sqq. Literaturbelege s. bei Danz, Röm. Rg. §. 106 ff. — 2) Cf. l. 10. pr. emt. XLI. 4; l. 215. de V. S. L. 16; §. 4. Inst. de cap. dim. I. 16; Theoph. ad §. 2. Inst. de her. inst. II. 14. — 3) Ulp. XII. 3; vgl. jedoch u. §. 246. nr. VII. — 4) Schmidt, Die Persönlichkeit des Sclaven nach röm. R. Freiburg 1868. — 5) L. 11. ad leg. Corn. de sicar. XLVIII. 8., l. 2. de his qui sui. I. 6. — 6) Gai. I. 53; l. 1. §. 2. ad leg. Corn. XLVIII. 8. cf. l. 24. pr. ad leg. Iul. XLVIII. 5.

samen Herrn zwingen, seinen Sclaven zu verkaufen[7]). Seit Constantin wurde derjenige, welcher einen Sclaven so misshandelte, dass er starb, als Mörder bestraft, und besonders sorgfältig wurden nun die christlichen Sclaven beschützt[8]).

Es wurde bei den Römern auch dem Herrn eine actio iniuriarum gegen denjenigen gegeben, der den Sclaven misshandelt hatte[9]). Ueber die Tödtung eines fremden Sclaven vgl. das 1. Kap. der lex Aquilia[10]).

IV. Was die vermögensrechtliche Stellung des Sclaven betraf, so erwarb er Alles nur für seinen dominus[11]), einerlei, ob der Sclave das Geschäft auf seinen Namen, oder auf den Namen seines Herrn oder eines seiner Mitsclaven oder impersonaliter abgeschlossen hatte[12]). Wurde ein Sclave zum Erben eingesetzt, so konnte er nur auf Befehl des Herrn antreten, und diesem Letzteren gehörte dann die Erbschaft. Wie durch einen eigenen Sclaven, so konnte man auch durch die Geschäftsthätigkeit eines fremden Sclaven erwerben, den man im Niessbrauche hatte oder den man bona fide für seinen Sclaven hielt. Nur der Erwerb durch Vermächtnisse und Geschenke fiel immer bloss an den wahren Eigenthümer. Wenn ein Sclave im Miteigenthum Mehrerer stand, so kam sein Erwerb in Bruchtheilen an seine einzelnen Herren. Jedoch wenn der Sclave ausdrücklich bloss für einen Herrn das Geschäft abschloss, so erwarb nur dieser[13]). Und nach der im justin. Rechte recipirten Ansicht der Sabinianer verhielt es sich auch stets so, wenn nur einer der mehreren condomini den Auftrag zu dem Geschäfte gegeben hatte, während die Proculianer hier doch den Erwerb für die mehreren Herren eintreten lassen wollten, falls nicht der Sclave ausdrücklich das Geschäft bloss im Namen des Auftrag gebenden dominus abschloss[14]). Und wenn von dem einen dominus der Auftrag gegeben, aber der Sclave im Namen eines anderen condominus das Geschäft abgeschlossen hatte, so sollte nach der Meinung einiger Sabinianer, denen sich Justinian anschloss, der Erwerb stets für den Auftraggeber geschehen sein, während andere Sabinianer und die Proculianer es den Ausschlag geben lassen wollten, auf wessen Namen das Geschäft geschlossen sei[15]).

Sehr häufig übergab der Herr einem Sclaven (servus actor) die Verwaltung eines abgesonderten Theiles seines Vermögens zur selbstständigen Rechnungsführung (ad separatam rationem), und dieser

7) Gai. I. 53 sqq.; Theophil. ad §. 2. Inst. de his qui sui. I. 8; l. 1. §. 8. de off. praef. urb. I. 12. — 8) L. un. C. de emendat. serv. IX. 14. — 9) L. 15. §. 35. de iniur. XLVII. 10. — 10) S. u. §. 211. — 11) Gai. I. 52. II. 86—95. — 12) S. §. 17. Inst. de stip. servor. III. 17. Vgl. auch u. §. 194. nr. II. i. — 13) Gai. III. 167. — 14) Gai. l. c.; l. 5. 6. Dig. de stip. serv. XLV. 3. — 15) C. 3. Cod. per quas person. IV. 27.

Vermögenstheil hiess dann, wie ein solcher bei einem Haussohne, peculium († profectitium). Liess jedoch der Herr einen solchen Sclaven inter vivos frei, ohne ihm das peculium zu entziehen, so blieb es dem Freigelassenen als Geschenk[16]).

V. Im Allgemeinen war der Sclave ausser Stande, den Herrn durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten[17]). Nur ausnahmsweise konnte dies nach prätorischem schon während der Republik ausgebildeten Rechte geschehen in den Fällen der *actiones † adiectitiae qualitatis*, d. h. wenn ein besonderer, den dominus verpflichtender Grund vorlag, der dann, wenn aus dem Rechtsgeschäfte gegen den dominus geklagt wurde, der Klage gegen denselben beigefügt werden musste, nämlich der Zusatz „*quod iussu*" (z. B. actio venditi quod iussu), wenn der Sclave auf Befehl seines Herrn handelte, oder „*de peculio*", wenn der Sclave ein peculium verwaltete (bis zum Belaufe des peculium), oder „*de in rem verso*", wenn und soweit das zwar ohne Befehl, aber auch ohne Verbot des Herrn abgeschlossene Rechtsgeschäft im vernünftigen Interesse des Herrn ist, oder „*exercitoria*" wenn der Sclave als Schiffscapitän, oder „*institoria*", wenn er als Factor im Handelsgeschäfte seines dominus das Geschäft abschloss. Ausserdem konnte auch noch mit der actio „*tributoria*" gegen den dominus geklagt werden, damit das Waarenlager (taberna), welches der Sclave als peculium verwaltet hatte, pro rata unter die Handelsgläubiger vertheilt werde, falls der Sclave mit der taberna Bankerott machte, und der Herr jene Vertheilung dann verweigerte oder unrichtig vornahm[18]).

VI. Der Sclave selbst konnte sich nicht obligiren; erlangte er jedoch später die Freiheit, so wurden die von ihm activ oder passiv geschlossenen Obligationen als „naturales obligationes"[19]) gültig[20]).

VII. Beging der Sclave Delicte, so haftete sein dominus für den Schadenersatz (litis aestimatio) und die Strafzahlung, indem gegen den Herrn die Klage aus dem Delicte mit dem Zusatze *noxalis* ging, z. B. die actio furti noxalis. Jedoch konnte sich der dominus schon nach den XII Tafeln in dem Falle, dass der Sclave gestohlen hatte, nach prätor. Rechte auch bei andern Delicten des Sclaven, von dieser Verpflichtung durch Hingabe des Sclaven an den Beschädigten (noxae datio) befreien[21]). Haftbar war stets der Herr, der im Augenblicke

16) Fr. Vat. §. 61; §. 20. Inst. de legat. II. 20. — 17) Gai. IV. 69—74. — 18) Tit. Inst. quod cum eo. IV. 7; l. 5. §. 1. de institor. act. XIV. 3; l. 1. §. 19. de exercit. act. XIV. 1. Ein Weiteres über diese Klagen s. u. §. 194. nr. III.; §. 234. nr. II. 1. — 19) S. u. §. 178. nr. IV. — 20) L. 14. D. de O. et A. XLIV. 7.; l. 64. D. de cond. ind. XII. 6. — 21) Gai. IV. 75—78; Inst. IV. 8; Dig. IX. 4. de noxal. act. Vgl. u. §. 114. nr. II. 4.

der Klaganstellung der Herr war. (Noxa semper caput sequitur[22]). Wenn derjenige, gegen welchen ein Sclave ein Delict begangen hatte, nachher das Eigenthum des Sclaven erwarb, bevor er die Noxalklage angestellt hatte, so erlosch diese nun nach der Ansicht der Sabinianer, die Justinian recipirte, für immer, während die Proculianer meinten, die Klage ruhe bloss, so lange der Beschädigte das nachher erlangte Eigenthum am Sclaven behalte[23]).

VIII. Nach beendigter Sclaverei konnte der frühere Sclave selbst sogar mit einer actio directa aus Delicten auf Strafe und auf Schadenersatz belangt werden, wenn dieser noch nicht erfolgt war[24]). Wenn ein Freier ein Delict begangen hatte und darauf Sclave geworden war, so konnte nun die Klage aus dem Delicte als noxalis gegen den Herrn stattfinden[25]).

§. 44. Von der Entstehung der Sclaverei.

§. 4. Inst. de iure personar. I. 3: Servi aut nascuntur aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris; fiunt aut iure gentium aut iure civili.

I. Nach *ius gentium* entstand die Sclaverei:

1) Durch Kriegsgefangenschaft (captivitate hostili) für die Dauer derselben[1]). Der in der Kriegsgefangenschaft Gestorbene starb als servus, und es konnte daher auch von keiner hereditas desselben die Rede sein[2]). Desshalb bestimmte die *lex Cornelia* unter Sulla, es solle der Moment der Gefangennahme als Augenblick des Todes gelten (fictio legis Corneliae), um darnach ein vor der Gefangenschaft errichtetes Testament, wie wenn der Betreffende noch als civis Romanus gestorben sei, aufrecht zu halten. Man wandte dieselbe Fiction sodann auch an, um darnach die Intestaterbfolge zu regeln[3]).

2) Durch Geburt von einer Sclavin (partus sequitur ventrem[4]), es sei denn, dass das Kind ex iustis nuptiis concipirt war. Vespasian stellte diese Regel auch für den Fall wieder her, wo ein Mann irrthümlich eine Sclavin für frei gehalten und mit ihr ein Kind gezeugt hatte. Ein unbekanntes Gesetz hatte nämlich für diesen Fall

22) S. §. 5. Inst. h. t. IV. 8. — 23) Gai. IV. 78; l. 37. de nox. act. IX. 4; l. 18. 64. de furtis XLVII. 2. — 24) L. 14. de O. et A. XLIV. 7; Cod. IV. 14. An servus pro suo facto post manumissionem teneatur. A. Schmidt, Von der Delictsfähigkeit des Sclaven nach röm. Rechte. 1. Abth. Leipz. 1873. — 25) S. §. 5. Inst. h. t. IV. 8.

§. 44. 1) L. 5. D. statu hom. I. 5; Gai. II. 69. — 2) L. 2. §. 1. de V. S. L. 16. — 3) Ulp. XXIII. 5; Paul. III. 4. A. §. 8.; l. 12. qui test. fac. poss. XXVIII. 1.; l. 15. de iniusto XXVIII. 3; l. 18. Dig. de captiv. XLIX. 15; l. 22. pr. §. 1. eod.; Bechmann, Das ius postliminii und die lex Cornelia. Erlangen 1872. Vgl. auch u. §. 45. Note 1. — 4) Ulp. V. 9.; Gai. I. 85—89.

bestimmt, dass das Kind, wenn es ein Knabe wäre, frei sein, und dass es, wenn es ein Mädchen wäre, Sclavin des Herrn der Mutter sein solle. Rescripte von Hadrian und Antoninus stellten jedoch in favorem libertatis den Grundsatz auf, dass das Kind einer Sclavin frei sein solle, wenn diese zur Zeit der Zeugung frei gewesen sei[5]). Daran schloss sich in der Zeit der Severe (bei Papinian, Paulus, Ulpian, Marcellus) noch eine mildere Praxis an, wonach das Kind frei sein sollte, wenn die Mutter auch nur in irgend einem Momente während der Schwangerschaft, wenn auch nicht gerade zur Zeit der Zeugung des Kindes, frei gewesen sei[6]).

II. *Iure civili.*

1) Wenn ein Römer die Gesandten eines fremden Volkes verletzt, oder ein Feldherr einen Frieden abgeschlossen hatte, den das Volk nicht bestätigte, so wurde er durch den pater patratus dem fremden Volke als Sclave übergeben. Wenn aber das fremde Volk die Annahme dieser Sühne verweigerte, so musste durch lex populi entschieden werden, ob der Betreffende jetzt Sclave werden oder frei bleiben sollte[7]).

2) Wer sich dem durch Servius Tullius eingeführten census[8]) und damit der Steuer oder dem delectus, d. h. der Aushebung zum Kriegsdienste entzog, wurde zum Besten des Staates als Sclave verkauft[9]). Mit dem Verschwinden des census im 3. Jahrh. der Kaiserzeit hörte diese Entstehungsart der Sclaverei auf[10]).

3) Durch addictio des insolventen Schuldners. In der Zeit der legis actiones bis zur lex Poetelia[11]) wurde der Schuldner schliesslich dem Gläubiger als Sclave zugesprochen, oder zum Besten mehrerer Gläubiger trans Tiberim als Sclave verkauft[12]).

4) Nach den 12 Tafeln sollte der fur manifestus dem Bestohlenen als Sclave zugesprochen werden. Während der Republik setzte statt dessen der Prätor die poena quadrupli fest[13]).

5) Der maior viginti annis, welcher sich pretii participandi causa von einem Anderen als Sclave verkaufen, verpfänden oder zum Niessbrauch hingeben liess, sollte zur Strafe wirklich Sclave werden. Diese Ausnahme von der Regel, dass Niemand durch Ver-

5) L. 18. Dig. de statu hominum I. 5; l. 4. Cod. de poenis. IX. 47. — 6) Paul. R. S. II. 24. §. 2. 3; Marcian. l. 5. §. 2. cit.; pr. Inst. de ingenuis I. 4. — 7) L. ult. D. de legation. L. 7; Cic. de orat. I. 40. nr. 182. Topica. 8. — 8) S. o. §. 14. — 9) L. 4. §. 10. Dig. de re mil. XLIX. 16. — 10) Wie Huschke, „Ueber den zur Zeit der Geburt Christi abgehaltenen census“ Breslau 1840. behauptete, war der letzte census bei Geburt Christi. Vgl. dagegen Walter, Rg. §. 423. — 11) S. u. §. 49. nr. IV. — 12) Vgl. u. §. 49. nr. IV. — 13) Gai. III. 189.

trag seine Freiheit oder Ingenuität verlieren könne[14]), entstand schon während der Republik und bestand auch noch im justinianischen R.[15]).

6) Nach der lex Aelia Sentia unter Augustus wurde der *dediticius*, wenn er in Rom oder innerhalb des Umkreises von 100 Milliarien (das Milliarium = $1/5$ deutsche Meile) um Rom seinen Aufenthalt nahm, zur Strafe Sclave[16]).

7) In Folge eines *SC. Claudianum* (v. J. 52 n. Chr., a. u. 805) wurde die freie Frau, welche mit einem fremden Sclaven trotz dreimaliger Abmahnung von dessen Herrn Geschlechtsumgang pflog, durch richterliche Sentenz zur Sclavin des Herrn des Sclaven und der Herr zu ihrem Universalsuccessor[17]) erklärt[18]). Gab der Herr des Sclaven Erlaubniss zu dem Geschlechtsverkehr, so wurde die Frau nun eine liberta desselben. Anfangs hing es im letzteren Falle von dem Vertrage mit dem Herrn ab, ob die Kinder frei oder Sclaven sein sollten. Hadrian fand aber in einem solchen Vertrage eine iniquitas et inelegantia iuris, und er bestimmte desshalb, entsprechend dem ius gentium solle, wenn die Frau selbst frei bleibe, das Kind ebenfalls frei sein[19]). Justinian hob der christlichen Anschauung entsprechend jenes SC. Claudianum auf, so dass nun die Mutter immer frei blieb, und ihre Kinder auch stets die Freiheit erlangten[20]).

8) Ob ingratitudinem konnte der Freilasser (Patron) den libertus seit Claudius in dem Falle in servitutem revociren, dass der libertus den status seines Patrons durch bestochene Zeugen verdächtigt hatte. Dieses Recht des Patrons wurde durch die Praxis und Doctrin ausgedehnt und zuletzt von Constantin als allgemeines Gesetz für alle Fälle anerkannt, wo der Patron die Undankbarkeit des Freigelassenen vor dem Magistrate nachwies[21]).

9) Durch Verurtheilung zur Bergwerksarbeit, (ad metalla sive in opus metalli) erlitt man seit der ersten Kaiserzeit eine capitis diminutio maxima und wurde servus poenae, sine domino. Die Kinder des Verurtheilten verloren dadurch aber ihren Personalstand nicht und behielten daher ihr Erbrecht gegenüber dem Grossvater[22]). Justinian bestimmte[23]), es solle durch die Verurtheilung ad metalla

14) L. 37. D. de liberali causa XL. 12. — 15) Dig. tit. Quibus ad libert. proclamare non licet. XL. 13. cf. et l. 23. pr. D. de lib. causa. — 16) Vgl. §. 49. nr. VIII. — 17) S. §. 76. — 18) Gai. I. 91. 160. — 19) Gai. I. 84. — 20) L. un. Cod. de SC. Claudiano tollendo VII. 24. — 21) L. 5. pr. de iure patr. XXXVII. 14; Constantin l. 1. Theod. Cod. de libert. IV. 10; l. 2. Cod. Iust. de libertis VI. 6. — 22) L. 7. D. de his qui sui. I. 6. — 23) Nov. 22. c. 8.

die Ehe nicht mehr ipso iure aufgehoben werden, sondern dadurch nur mehr ein Ehescheidungsgrund entstehen; insofern hörte also die servitus poenae auf, eine wirkliche Sclaverei zu sein.

§. 45. Die Beendigung der Sclaverei.

I. Der Kriegsgefangene erlangte nach *ius gentium iure postliminii* [1]), d. h. wenn er während des Krieges oder in Folge Vertrags über Auslieferung der Kriegsgefangenen auf römisches oder verbündetes Gebiet zurückkehrte, die Freiheit und alle früheren Rechte wieder (omnia pristina iura recipiebat), mit Ausnahme der schimpflich verlorenen Sachen, wie z. B. der Waffen, des Schlachtrosses [2]). War der Kriegsgefangene von einem Anderen während des Krieges losgekauft, so galt der redemptus zwar auch sofort iure postliminii wieder als frei und als ingenuus, aber er blieb als Pfand in der Gewalt desjenigen, der ihn losgekauft hatte, bis diesem das Lösegeld zurückgezahlt war [3]). Aber wenn der redemptus starb, ohne dass das Lösegeld zurückgezahlt war, ob dann die Erben dafür haften müssten oder nicht, war und blieb eine in den Pandekten nicht geschlichtete Streitfrage [4]).

II. Durch *manumissio*, Freilassung [5]).

III. In Folge gesetzlicher Bestimmung wurde ein Sclave seit der Kaiserzeit in folgenden Fällen ohne manumissio von Seite des Herrn frei [6]):

1) Nach dem SC. Silanianum unter Augustus (v. J. 11 n. Chr.) sollte der Prätor den Sclaven ohne Weiteres für frei erklären, welcher den Mörder seines Herrn anzeigte [7]).

2) Dasselbe geschah seit Claudius mit dem kranken oder altersschwachen Sclaven, den sein Herr verstiess. Jedoch sollte hier der Sclave nicht die Civität, sondern nur die Latina libertas erlangen [8]).

§. 45. 1) Hase, Das ius postliminii und die fictio legis Corneliae. Halae 1851; Bechmann, Das ius postliminii und die lex Cornelia. Erlangen 1872. — 2) Gai. I. 129; Ulp. X. 4. XXIII. 5; Paulus II. 25. 1. IV. 8. 24; Dig. de captiv. et de postliminio XLIX. 15. — 3) L. 19. §. 20. D. eod.; Cod. tit. De postliminio reversis et redemptis ab hostibus. VIII. 51. Vgl. auch Dirksen, Die Quellen der röm. rechtlichen Theorie von der Auslösung der in fremde Gefangenschaft gerathenen Personen. Berlin 1858. (Aus den Abh. der Berliner Akademie der Wissensch.) — 4) L. 1. §. 4. D. de suis. XXXVIII. 16; l. 15. de captivis XLIX. 15. — 5) §. 46. 47. — 6) Dig. XL. 8. Qui sine manumissione ad libertatem perveniunt; Cod. VII. 13. Pro quibus causis servi praemium accipiunt libertatem; Nov. 123. c. 17. — 7) L. 3. §. 13—15. de SCto Silanian. XXIX. 5. — 8) L. un. §. 3. Cod. de Lat. lib. toll. VII. 6; vgl. u. §. 49. nr. VII.

3) Seit Vespasian erlangte die unter der Bedingung, ne prostituatur, verkaufte Sclavin bei Uebertretung der Bedingung die Freiheit und wurde liberta des Verkäufers.

4) Bezahlte Jemand einem Herrn den Werth seines Sclaven, so sollte der Letztere nach einer constitutio Marci et Commodi ad Aufidium Victorinum ohne Weiteres frei werden, wenn die zur manumissio festgesetzte Zeit verstrichen war. Schon während der Republik kam es vor, dass der Staat solche Sclaven, die sich um das öffentliche Wohl verdient gemacht hatten, z. B. durch Anzeige von Verbrechen, thätiges Eingreifen bei einer Feuersbrunst u. dgl., von ihren Herrn loskaufte und mit Civität belieh.

5) War ein Sclave unter einer Bedingung freigelassen *(statu liber)*, so wurde er nach einer Constitution von Marc Aurel mit Eintritt der Bedingung sofort frei[9]).

6) Ein Sclave konnte auch die Freiheit ersitzen, wenn er längere Zeit[10]), seit Constantin 16 Jahre, unter Besitz eines iustus titulus und der bona fides[11]) ungestört als ein Freier und civis gelebt hatte. Justinian setzte die Zeit auf 10 Jahre inter praesentes und 20 Jahre inter absentes (d. h. je nachdem der dominus in derselben oder in einer anderen Provinz wohnte) fest[12]). Bei dem von einer Sclavin Geborenen, dessen Mutter bis zu ihrem Tode als Freie gelebt hatte, genügte es, wenn diese 5 Jahre todt war[13]).

7) Nach Constantin's Bestimmung sollte auch der Sclave zur Belohnung ohne Weiteres frei und Latinus[14]) sein, welcher einen Mädchenräuber anzeigte[15]) und der, welcher einen Falschmünzer[16]) oder einen Deserteur[17]) anzeigte, mit der Civität belohnt werden.

8) Auch der christliche Sclave, den sein heidnischer oder jüdischer Herr beschnitt, sollte nach einer Bestimmung Constantin's sofort die Freiheit erlangen[18]).

9) Nach Leo[19]) wurde ein Sclave auch durch die Aufnahme unter die kaiserlichen cubicularii sofort frei.

10) Nach Justinian's Bestimmung war auch das Sclavenkind, welches sein Herr aussetzte, frei[20]).

11) Wenn ein Sclave unter Genehmigung seines Herrn vom Bischof ordinirt war oder in den Mönchsstand trat, so erlangte er

9) Dig. XL. 8. qui sine manumiss.; Ulp. tit. II. — 10) L. 16. §. 3. Dig. Qui et a quib. XL. 9. — 11) S. §. 146. — 12) Cod. VII. 22. — 13) L. 1. §. 2. Dig. Ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur. XL. 15; Cod. eod. tit. VII. 21. — 14) S. u. §. 49. nr. VII. — 15) C. 3. Cod. pro quib. caus. VII. 13. — 16) C. 2. eod. — 17) C. 4. eod. — 18) Cod. Theod. XVI. 9. Cod. Iust. I. 10. — 19) C. 4. Cod. de praepos. sacri cubic. XII. 5. — 20) Cod. VIII. 52. de liberis expositis.

nach justinian. R. ipso iure die libertas und ingenuitas. Hatte der dominus nicht eingewilligt, so konnte er den Sclaven innerhalb eines Jahres reclamiren. Durch Ausstossung aus dem geistlichen Stande oder aus dem Mönchsstande wurde der durch Eintritt in diesen Stand frei Gewordene wieder Sclave seines Herrn[21]).

§. 46. Von der Freilassung insbesondere[1]).

I. Ursprünglich war zu einer vollgültigen (iusta ac legitima) manumissio, durch welche der Sclave Freiheit und Civität erlangte, nothwendig:

1. dass der *manumissor* alleiniger und dispositionsfähiger *dominus ex iure Quiritium* (d. h. nach Civilrecht) war. Wenn einer von mehreren Miteigenthümern allein die manumissio vornahm, so unterschieden die röm. Juristen, ob die Freilassung eine feierliche oder eine unfeierliche war[2]). Die letztere sollte ganz unwirksam sein, und einige wenige Juristen nahmen hier dasselbe auch für die feierliche Freilassung an. Nach der Ansicht der meisten Juristen erwarb aber der Sclave im Falle der von Seiten bloss eines condominus geschehenen feierlichen Freilassung das von diesem Miteigenthümer aufgegebene Miteigenthum für die übrigen domini und gehörte er somit jetzt diesen allein: *ius accrescendi in servo*[3]). Im justinian. Rechte erlangte aber der Sclave das Recht, die anderen Eigenthümer gegen Ersatz ihres Antheils zur manumissio zu zwingen[4]). Wenn derjenige die manumissio vornahm, der das nudum ius Quiritium über den Sclaven hatte[5]), so erlangte der bonitarische Eigenthümer das plenum dominium, ebenso wie wenn ein condominus allein die Freilassung vorgenommen hatte[6]). Wenn ein Sclave im Niessbrauche oder Pfandrechte Jemandes stand, so wurde er durch Freilassung von Seiten des dominus frei, wenn der Niessbraucher oder Pfandgläubiger darin einwilligte. Willigte der Niessbraucher nicht in die Freilassung ein, so wurde der Sclave zunächst servus sine domino, mit dem Erlöschen des ususfructus aber frei und römischer Bürger. Wenn

21) Nov. 5. c. 2. §. 3. Nov. 123. c. 17. 35.

§. 46. 1) Pr. Inst. de libertinis. I. 5; quibus ex causis manumittere non licet. I. 6; de lege Furia Caninia sublata. I. 7; Gaius I. 11—48. II. 267; Ulp. tit. I. II. 7. 8. III. 4; Dig. lib. XL. (titt. 1—16.); Cod. lib. VII. (titt. 1—23. — 2) §. 47. — 3) Ulp. I. 18. Paul. R. S. IV. 12. §. 1; Fr. Dos. 12; §. 4. Inst. II. 7. — 4) L. 1. Cod. de comm. serv. manum. VII. 10. — 5) Ueber die Wirkungen der Freilassung, wenn der quiritarische und bonitarische Eigenthümer beide die Freilassung vornahmen vgl. u. §. 139. — 6) Vgl. v. Vangerow, Latini Iuniani. S. 153.

die Freilassung ohne Einwilligung des Pfandgläubigers geschah, und dem Pfandgläubiger das ganze Vermögen verpfändet war (pignus generale), so galt die Freilassung dennoch, es sei denn, dass sie in fraudem creditorum geschehen war[7]. Stand der Sclave aber in einem pignus speciale, so war die manumissio nichtig, bis der Sclave durch Befriedigung des Gläubigers aufgehört hatte, im Pfandrecht zu stehen, wo er dann ipso iure frei wurde. Natürlich blieb aber die Freilassung wirkungslos, wenn der Pfandgläubiger den Sclaven veräusserte, um sich aus dem Erlöse zu befriedigen[8].

Ein unter Tutel oder Curatel Stehender konnte nur unter Einwilligung des tutor oder curator gültig freilassen[9]. Dasselbe galt bei Frauen, so lange sie unter der Geschlechtstutel standen[10].

Im älteren röm. Recht war auch allen Corporationen die manumissio verboten. Wollte eine Corporation einen ihrer Sclaven frei machen, so musste sie ihn an einen Dritten veräussern mit der Auflage, dass dieser ihn dann manumittire. Eine sog. *lex Vectibulici*[11]) gestattete den italischen Municipien die direkte Freilassung ihrer Sclaven. Die lex wurde durch ein S. C. Iuventio Celso iterum et Neratio Marcello consulibus i. J. 882 d. St. (129 n. Chr.) auf die Provincialmunicipien ausgedehnt[12]. Marc Aurel gewährte sodann allen juristischen Personen dasselbe Recht[13].

Eigenthümlicher Weise sollte die bei Veräusserung und Eigenthumsübertragung eines Sclaven beigefügte oder im Testamente des Herrn (namentlich wegen Verbrechen des Sclaven) getroffene Bestimmung, dass der Sclave nicht manumittirt werden dürfe, jede Manumission ungültig machen, selbst wenn der Sclave inzwischen wieder an einen Dritten veräussert worden war, und dieser nun erst die Freilassung vornehmen wollte[14]. Auch hatte der Richter die arbiträre Befugniss, wegen Verbrechen des Sclaven zu verbieten, dass derselbe jemals frei gelassen werde[15].

Die lex *Iulia de adulteriis* unter Augustus (im Jahr 736 d. St.) machte noch eine Einschränkung. Nämlich wenn ein Mann sich von der Frau wegen angeblichen Ehebruchs schied, hatte der Mann

7) S. u. nr. III. — 8) L. 4. 5. 26. 27. 29. Dig. qui et a quib. XL. 9; Cod. VII. 8. De servo pignori dato manumisso. — 9) Ulp. I. 17. Fragm. Dos. 17. — 10) S. u. §. 244. — 11) S. o. §. 14. nr. V. — 12) L. 3. Cod. de serv. reipubl. manum. VII. 9. — 13) L. 1. Dig. de manumiss. quae servis ad universit. pertin. impon. XL. 3. — 14) L. 9. Dig. De manum. XL. 1; l. 9. §. 2. Qui et a quib. XL. 9; l. 33. de poenis XLVIII. 19; l. 5. Cod. Si mancipium ita fuerit alienatum ut manumittatur vel contra. IV. 57; l. 1. Cod. Qui et a quib. VII. 12. — 15) L. 9. De manum. XL. 1; l. 9. §. 2. Qui et a quib. XL. 9. vgl. l. 12. de manum. XL. 1; Paul. I. 6ª, 1.

während 60 Tagen wegen des Ehebruches eine Klage gegen die Frau und es durfte daher die Frau während dieser Zeit keinen Sclaven frei lassen, damit der Mann nicht dadurch etwa ein Beweismittel verliere. (Man verhörte die Sclaven stets unter Anwendung der Folter.)[16]) Ferner war erforderlich,

2. dass die *manumissio publica auctoritate*[17]) und zwar entweder *vindicta* oder *censu* oder *testamento* geschah[18]).

3. Ausserdem verlangte die *lex Aelia Sentia* (v. J. 757 d. St., 4 n. Chr. unter Augustus), dass der *dominus* wenigstens 20 und der Sclave wenigstens 30 Jahre alt sei[19]). Wenn der Sclave noch nicht 30, oder der dominus noch nicht 20 Jahre alt war, so konnte aber durch manumissio vindicta dem Sclaven schon nach der lex Aelia Sentia die Civität verschafft werden, wenn vor der Freilassung eine besondere iusta causa für dieselbe, z. B. dass der Sclave Lehrer, Milchbruder, leiblicher Sohn, oder die Sclavin Amme des Freilassers sei, sich besonders treu bewiesen habe u. dgl., vor dem *consilium manumissionum* geltend gemacht und von diesem die causa gebilligt wurde. War einmal causa probata, so bestand die Freilassung, selbst wenn die causa eine falsa war[20]). Dieses consilium bestand in Rom ständig aus 5 Senatoren und 5 Rittern; in den Provinzen wurde es e conventu civium gewählt, d. h. der praeses provinciae hielt im Winter Rundreisen, um Gericht zu pflegen, und liess vorher seine Ankunft anzeigen, damit alle Bürger, die Rechtssachen vorzubringen hatten, zusammen kämen. Am letzten Tage der Zusammenkunft wählte er dann 20 Recuperatoren aus, damit diese das Consilium bildeten[21]).

Für testamentarische Freilassungen insbesondere bestimmte übrigens Justinian zuerst, es genüge dazu schon, wenn der dominus 17 Jahre alt sei[22]), und später bestimmte er, es bedürfe nur, wie nach ältestem Rechte, des 14. Jahres[23]). Das jugendliche Alter des Sclaven sollte nach Justinian[24]) kein Hinderniss mehr zur Erlangung der Civität sein.

II. Fehlte eines der genannten Erfordernisse bei der Freilassung, also namentlich wenn der Freilasser keine jener Formen angewandt, oder nicht das civilrechtliche Eigenthum, sondern nur einen gut-

16) Ulp. l. 12. 14. §. 2. Qui et a quib. XL. 9; l. 27. §. 6. Ad legem Iuliam de adulteriis coercendis XLVIII. 5. — 17) Paul. II. 21. 17. — 18) Ulp. I. 10; Gai. I. 17; s. §. 47. — 19) Ulp. I. 12. 13; Gai. I. 18. — 20) L. 9. §. 1. de manum. vind. XL. 2. — 21) Ulp. I. 12. und über die Emendation dieser Stelle vgl. v. Vangerow, Latini Iuniani p. 16; Gai. I. 25. — 22) §. 7. i. f. Inst. Qui et quib. ex caus. I. 6. — 23) Nov. 119. c. 2. — 24) L. 2. Cod. comm. de manum. VII. 15.

gläubigen Eigenthumsbesitz oder seit Ende der Republik bonitarisches Eigenthum an dem Sclaven hatte, oder wenn seit der lex Aelia Sentia der Herr oder der Sclave noch nicht das erforderliche Alter hatte, so blieb der Sclave zwar rechtlich im Eigenthum des bisherigen Herrn, aber er befand sich thatsächlich im Zustande der Freiheit, und der Prätor schützte ihn darin durch eine iusta exceptio (non liber fit, sed in libertate est). Alles was ein solcher erwarb, gehörte dem Rechte nach seinem Herrn, aber der dominus musste ihm dieses als peculium lassen, so lange der faktisch Freie lebte, und erst beim Tode des faktisch Freien fiel der von diesem gemachte Erwerb an den Eigenthümer. Auch konnte derjenige, welcher bloss „in libertate morabatur", keine echte Ehe eingehen und seine Kinder waren wahre Sclaven[25]).

Jedoch die *lex Iunia Norbana* (i. J. 772 d. St., 19 n. Chr.) gewährte denjenigen Sclaven, bei deren Freilassung entweder der dominus nur Eigenthümer nach ius gentium, oder noch nicht 20 Jahre alt, oder der Sclave noch nicht 30, oder bei denen keine civilrechtliche Form der Freilassung gewählt war, den Rechtscomplex der Latini Coloniarii, d. h. der in den latinischen Colonien Wohnenden, und man nannte daher nun die so unvollkommen Freigelassenen: *Latini Iuniani*[26]).

III. Die *lex Aelia Sentia* hatte ferner bestimmt, dass diejenigen Sclaven, welche wegen Verbrechen ins Gefängniss geworfen, gebrandmarkt, oder zum Thierkampf verurtheilt worden seien, durch Freilassung nicht cives Romani, sondern nur *dediticii* werden sollten[27]).

Schon früher hatte die *lex Fabia de plagiariis* (571? d. St.) bestimmt, dass der Sclave, welcher sich eines Menschenraubs (plagium) schuldig gemacht habe, 10 Jahre lang nicht manumittirt werden könne[28]).

IV. Die lex Aelia Sentia bestimmte auch, dass die absichtlich *in fraudem creditorum vel patroni* geschehenen Freilassungen nichtig sein sollten[29]). Aber wenn ein überschuldeter Erblasser seinen Sclaven zum alleinigen Erben einsetzte, so musste der Sclave die Erbschaft antreten[30]), und auf ihn ging dann die ignominia nominis über, die sonst den Erblasser wegen des Bankerotts getroffen

25) Gai. III. 56. Ulp. I. 12. Fragm. Dosith. de manum. §. 6. 7. Vgl. auch Cod. VII. 10. De his qui a non dom. — 26) Gai. I. 17. III. 56; Ulp. I. 10; Fragm. Dosith. §. 8. — 27) Gai. I. 13—15. S. u. §. 49. nr. VIII. und zu Gai. I. 13. s. m. auch Verhoeven, in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 7. S. 257. — 28) Paul. l. 12. de man. XL. 1. — 29) Gai. I. 37. 47; Ulp. I. 15; Fragm. Dos. 18; l. 5. 16. 18. 24. Qui et a quib. XL. 9. — 30) Vgl. u. §. 268. nr. 1.

hätte. (Die Ansicht des Sabinus, der Sclave solle durch die Uebernahme der Erbschaft mit der Schuldenmasse nicht infam werden, wurde nicht recipirt)[31]. In diesem Falle sollte der Sclave desshalb stets frei und civis Romanus werden, sogar wenn es noch an dem verlangten Alter des Herrn oder Sclaven fehlte, oder wenn er während der Sclaverei Verbrechen begangen und desswegen durch die Freilassung eigentlich bloss hätte dediticius werden sollen. Hatte der insolvente Erblasser aber mehrere seiner Sclaven in dieser Weise zu Erben eingesetzt, so galt nur der zuerst genannte als frei und als Erbe[32].

V. Die *lex Furia Caninia* (v. J. 761 d. St., 8 n. Chr.) bestimmte, wer 3 Sclaven habe, solle nur zwei davon testamentarisch freilassen können, wer bis zu 10 Sclaven habe, solle nur die Hälfte derselben, wer 10 bis 30, solle den dritten Theil, wer zwischen 30 und 100 Sclaven habe, solle den vierten, wer mehr als 100 Sclaven habe, den fünften Theil, (natürlich aber der, welcher mehr Sclaven hatte, stets mindestens so viele, als der, welcher weniger hatte), Niemand aber mehr als 100 Sclaven testamentarisch manumittiren können[33]. Der Grund hiervon war, weil öfters die Erbschaften dadurch werthlos gemacht wurden, dass die Erblasser aus Eitelkeit zu viel Sclaven dadurch unfeierlich frei liessen, dass sie bestimmten, es sollten diese zur Erhöhung der Pracht des Leichenbegängnisses mit einem Hute auf dem Kopfe die Leiche bewachen, oder derselben folgen.

Ausserdem verbot die lex Furia Caninia die manumissiones in circulum (d. h. so dass die Namen in einem Kreise miteinander geschrieben wurden und dann nicht unterschieden werden konnte, welche Freilassung zuerst geschrieben sei), und verlangte, dass jede manumissio nominatim geschehe[34]. Justinian hob die Bestimmungen der lex Furia auf[35].

§. 47. Von den Formen der Freilassung.

I. Zu einer civilrechtlich anerkannten oder iusta ac legitima manumissio genügende Formen waren[1]):

1. die *manumissio vindicta*. Diese bestand in einem scheinbaren Process und zwar der vindicatio, wovon auch ihr Namen herrührte[2].

31) Gai. II. 154. — 32) Ulp. I. 14. 15; Gai. I. 21. 34; §. 1. Inst. de hered. qual. II. 19. — 33) Ulp. I. 24. — 34) Ulp. I. 25; Gai. I. 43. 46. — 35) L. un. Cod. de lege Furia Caninia toll. VII. 3. cf. Inst. tit. de lege Furia Caninia sublata I. 7.

§. 47. 1) Ulp. I. 6. Theoph. I. 5. §. 4. — 2) Theoph. ad §. 3. Inst. de libertinis. I. 5., obgleich Pompon. l. 2. §. 24. de O. I. I. 2. eine Ansicht erwähnt, wonach die Bezeichnung von einem Sclaven Vindicius herrühren sollte.

Dabei legte Jemand und zwar gewöhnlich Einer der den Prätor begleitenden Lictoren seinen Stab (festuca oder vindicta = hastae loco) auf das Haupt des Sclaven, indem er gleichsam als Kläger (assertor libertatis) vor dem Prätor die Freiheit des Sclaven geltend machte (aio hunc hominem liberum esse ex iure Quiritium), während der dominus die Freiheit des Sclaven zugestand; woraufhin dann von Seiten des Magistrates die Zusprechung der Freiheit und Civität an den manumissus erfolgte[3]). Zur Zeit der klassischen römischen Juristen brauchte die manum. vindicta schon nicht mehr *in iure*, d. h. vor dem Gerichtsstuhl des Prätors stattzufinden, war auch kein assertor libertatis mehr nöthig, und wurden auch keine verba solennia mehr dabei gewechselt, so dass der ganze Akt nun ein Geschäft geworden war, welches sogar auch, wenn der Prätor auf der Strasse vorüberkam, ohne weitere äussere Förmlichkeiten vorgenommen werden konnte[4]). Eine im alten Rechte vorkommende manumissio vindicta mit einigem sacralen Ceremoniell war die *manumissio sacrorum causa*[5]).

2. Die *manumissio censu.* Diese kam in Rom und in den italischen Municipien vor und bestand darin, dass der Herr den Sclaven als römischen Bürger in die tabulas censorias eintragen liess. Dabei stritt man aber, ob die Freiheit schon dadurch oder erst mit dem darauf folgenden alle 5 Jahre wiederkehrenden lustrum begründet werde. Die mildere erstere Ansicht scheint später die herrschende gewesen zu sein. Nachdem, sicherlich seit Vespasian, der census lustralis abgekommen war, musste damit auch die man. censu erlöschen[6]).

3. Die *manumissio testamento.* Dabei wurde die Freiheit entweder vom Testator direkt dem Sclaven zugesprochen, z. B. Stichus servus meus liber esto[7]), und in diesem Falle war der Patron des Freigelassenen todt (im orcus), und hiess daher dieser testamento directe manumissus, weil er keinen Patron hatte: libertus orcinus[8]); oder es wurde dem Erben oder Legatar im Testamente aufgetragen, die Freilassung erst vorzunehmen: (fideicommissaria libertas) und dann wurde der Erbe oder Vermächtnissnehmer nach der Freilassung der Patron[9]). Während der Republik war die Erfüllung dieses Auftrags aber bloss der Gewissenhaftigkeit des Erben über-

3) Ulp. I. §. 7. — 4) Gai. I. 20; l. 7. 8. 23. de manum. vind. XL. 2. — 5) Fest. de Verb. Signif. sub. voce: *Manumitti*; Savigny, Zeitschrift f. g. R. W. II. S. 403. — 6) Cic. pro Caes. 34; Ulp. I. 8; Fragm. Dosith. §. 17. Vgl. §. 44. nr. II. 2. — 7) Ulp. I. 9. 23. II. 7. 8. — 8) Gai. II. 267., vgl. auch §. 265. nr. II. — 9) Ulp. II. 7. 8. 10; Gai. II. 263—266; Dig. XL. 5., Cod. VII. 4. De fideicommissariis libertatibus.

lassen; ein Zwang gegen denselben fand nicht statt. Erst seit Augustus wurden Fideicommisse überhaupt klagbar[10]). Mehrere SCta, nämlich das SC. Rubrianum, Dasumianum, Articuleianum unter *Trajan* v. J. 854 (101 n. Chr.), das SC. Vitrasianum unter *Hadrian*, und das SC. Iuncianum unter *Commodus* sicherten die Ausführung einer solchen Freilassung: nämlich, wenn der letztwillig mit der Freilassung eines Sclaven beauftragte Erbe oder Vermächtnissnehmer abwesend, unmündig oder wahnsinnig war, sollte der praetor oder praeses prov. im Namen desselben die Freilassung vornehmen, und wenn der Beauftragte sich weigerte oder absichtlich abwesend war, um die Freilassung zu vermeiden, sollte der Magistrat auf Anrufen des Sclaven denselben für einen libertus orcinus erklären[11]). Justinian erklärte, dass bei jeder Verzögerung der Freilassung dem Sclaven durch richterliche Verfügung die Freiheit zugesprochen werden solle[12]).

Ob schon darin, dass der Testator seinen Sclaven zum Erben oder Vormund ernannte, eine Freilassung liege, war unter den römischen Juristen bestritten. Schon *Marcus* rescribirte aber, dass ein unter der Bezeichnung als *libertus* zum Erben eingesetzter Sclave *benigna interpretatione* frei werden solle, dass aber die Zuwendung eines Legates dafür nicht genüge[13]). Nur im Soldatentestamente sollte nach einem Rescripte *Alexander's* schon die Zuwendung eines Legats an einen Sclaven diesem auch dann, wenn er nicht als *libertus* bezeichnet war, die Freiheit gewähren[14]). Aber auch zum Erben konnte man sonst seinen Sclaven nicht einsetzen ohne ausdrückliche Freilassung[15]). Dagegen wurde die Ernennung des Sclaven zum tutor von Einigen als directe, von Andern, wie es beim fremden Sclaven nie anders sein konnte, als fideicommissarische Freilassung betrachtet[16]). *Justinian* erklärte dieses für eine directe Freilassung und entschied, dass in der Erbeinsetzung des Sclaven schon stillschweigend die Freilassung enthalten sei[17]).

4. Ungewiss ist es, wie es sich mit der *manumissio adoptione*

10) Vgl. u. §. 275. — 11) L. 28. 30. 51. de fid. lib. XL. 5; vgl. Vering, Röm. Erbr. S. 369 ff; Rudorff, Röm. Rg. I. §. 49; Zimmern, Röm. Rg. I. §. 204. — 12) L. 15. Cod. de fid. lib. VII. 4. — 13) L. 1. Cod. de necess. serv. her. VI. 27. — 14) L. 7. Cod. de test. mil. VI. 21; l. 40. §. 1. Dig. eod. XXIX. 1. conj. c., l. 4. Cod. de leg. VI. 37., l. 5. §. 2. Cod. de necess. serv. hered. cf. Nov. 78. c. 4. pr. — 15) Gai. I. 123. II. 186. 187. Ulp. XXII. 7. 12; l. 76. D. de her. inst. XXV. 5. Plin. epp. IV. 10. — 16) L. 10. §. 4. de test. tut. XXVI. 2; l. 9. Cod. de fideic. lib. VII. 4; Paul. S. R. IV. 13. §. 3; Theoph. I. 14. §. 1. — 17) L. 5. pr. §. 1. Cod. de serv. necess. hered. VI. 27; §. 1. Inst. qui dari tut. I. 14; §. 2. Inst. qui et quib. ex caus. I. 6; pr. Inst. de her. inst. II. 14.

verhielt[18]); ob es eine Hingabe des Sclaven von Seiten seines Herrn in Adoption an einen Dritten war, oder ob der dominus wie durch eine Art manumissio vindicta unmittelbar seinen Sclaven adoptiren konnte, oder ob dazu, was wahrscheinlicher ist, vorherige Freilassung und dann nachfolgende Adoption gehörte.

5. Constantin erklärte auch die *manum. in sacrosanctis ecclesiis*, d. h. die Freiheitserklärung in der Kirche vor dem Bischof und der Gemeinde für civilrechtlich wirksam, ohne dass hierbei jugendliches Alter des Sclaven überhaupt in Betracht kommen sollte. Der Kirchenvorstand nahm dann regelmässig einen schriftlichen Akt darüber auf und übergab ihn dem Freigelassenen. Constantin bestimmte ausserdem, wenn ein Geistlicher seinen Sclaven freilassen wolle, so bedürfe es hierfür keiner bestimmten Form, sondern es genüge, wenn nur der betreffende Wille des Geistlichen irgendwie constatirt sei[19]).

II. Unfeierliche Freilassungen, wie z. B. die Zuziehung des Sclaven zu einem Gastmahle des Herrn (manumissio *per mensam sive convivii adhibitione)*[20]), die Freiheitserklärung in Gegenwart von Freunden *(manum. inter amicos)*, oder *(per epistolam* d. h.) in einer Urkunde[21]), oder die Erklärung des Herrn, dass der Sclave sein Sohn sei, also eine Art Adoption ohne vorherige *legitima manumissio*[22]), oder vom Herrn bewerkstelligte Verheirathung des Sclaven mit einer Freien[23]) und dergleichen mehr, bewirkten ursprünglich nur eine thatsächliche Freiheit, seit der *lex Iunia Norbana* die Latina libertas. Justinian erklärte aber die unfeierlichen Freilassungen für ebenso wirksam, wie die feierlichen; nur bestimmte er zur Sicherung des Beweises, es solle die manumissio per epistolam oder inter amicos oder durch Uebergabe der die Sclaverei beweisenden Urkunde, unter Zuziehung von 5 Zeugen geschehen. Jede gültige Freilassung gewährte also nach justinianischem Rechte dem Freigelassenen die Civität[24]).

Schon vor Justinian konnte dem unvollkommen Freigelassenen die Civität dadurch gewährt werden, dass nach Wegfall des früheren Hindernisses, z. B. nach erreichtem Alter, eine der feierlichen Freilassungsformen nachgeholt wurde *(iteratio)*[25]).

18) Gell. V. 19; §. 2. Inst. h. tit. I. 11. — 19) L. 1. 2. Cod. de his qui in eccl. manum. I. 13. — 20) Vgl. Theoph. l. 5. §. 4. — 21) Vgl. §. 1. Inst. de libert. I. 5; Fragm. Dosith. §. 4. — 22) L. un. §. 10. Cod. eod., §. 12. i. f. Inst. de adopt. I. 11. — 23) Nov. 22. c. 10. 17. — 24) Fragm. Dosith. V. 6; §. 3. Inst. de libertin. VI. 5; Cod. VII. 6. De latina libert. toll.; Cod. VII. 5. de dediticia libertate tollenda. — 25) Vgl. Fragm. Dosith. §. 16; Ulp. III. 4.

§. 48. Das Patronatsverhältniss und die Stellung der libertini[1]).

I. Von ältester Zeit her bestand bei den Römern ein Patronatsverhältniss zwischen den Patriciern und den unterjochten Urbewohnern des Landes, sowie den anderen erst später eingewanderten Plebejern; sodann aber auch zwischen dem Freilasser und dem Freigelassenen. Das erstere Patronat ging unter, als die Plebejer emancipirt wurden. Zwischen Patron und libertus, wie auch Patriciern und Clienten, bestand ein gegenseitiges Treueverhältniss, und der Bruch dieser Treue bewirkte, dass man wie ein Hochverräther der straflosen Tödtung eines Jeden preisgegeben wurde. Insbesondere aber war der Freigelassene dem Patron (der ihn durch Freilassung zur Person gemacht, also gleichsam rechtlich gezeugt hatte) und dessen agnatischen Kindern zur Dankbarkeit, Treue und Hochachtung, (reverentia, obsequium) verpflichtet, konnte den Patron daher nicht ohne obrigkeitliche Erlaubniss vor Gericht laden (in ius vocare) und keine actiones famosae[2]) und accusationes gegen ihn erheben. Auch hatte der Patron gegen den libertus das † beneficium competentiae[3]) und im Falle der Verarmung einen Anspruch auf Alimentation. Ferner hatten der Patron und dessen agnatische Kinder als *proximi agnati* des libertus ein gesetzliches Erbrecht und prätorisches Notherbenrecht gegenüber demselben, und aus demselben Grunde waren der Patron oder nach dessen Tode seine agnatischen Söhne die *legitimi tutores* des libertus. Den Kindern des Patrons stand das Recht auf obsequium zu, ohne Rücksicht darauf, ob sie ihren Vater beerbt hatten oder nicht[4]).

Falls der libertus sich gegen seine Pflichten verfehlte, hatte der Patron über ihn ein eigenes Disciplinarrecht[5]). Später wurde diese Eigenmacht des Patrons aufgehoben[6]), und dem Patron eine *accusatio liberti ingrati* bei dem *praefectus urbi* und in den Provinzen

§. 48. 1) Gai. III. 40—42. L. 5. §. 20. 26. D. de agnosc. et alend. lib. 25. 3; Dig. XXXVII. 14. de iure patronatus; Cod. VI. 4. De bonis libert. et iure patron.; Dig. XXXVII. 15. Cod. VI. 6. De obsequiis (parentibus et) patronis praestandis; Dig. XXXVIII. 16. Cod. VI. 3. De operis libertorum; Cod. VI. 13. De bonorum possessione contra tabulas liberti, quae patronis liberisque eorum datur; l. 26. §. 12. D. de cond. ind. XII. 1; Dig. XL. 10. De iure aureorum annulorum. 11. De natalibus restituendis; Cod. VI. 8. De iure aureorum annulorum et natalibus restituendis; Nov. 78. pr. c. 1. 2. 5. Vgl. die Literatur bei Danz, Röm. Rgesch. §. 111.

2) S. u. §. 52. — 3) §. 130. nr. VI. — 4) L. 12. de operis libert. XXXVIII. 1; l. 5. Cod. de obseq. VI. 6. — 5) Tacit. Annal. XIII. c. 26. Valer. Max. VI. 1. — 6) L. 1. §. 10. de off. praef. urbi. I. 12; l. 9. §. 3. de off. procons. et legati I. 16; l. 1. 7. §. 1. de iure patr. XXXVII. 4.

bei dem *praeses provinciae* zugestanden [7]. Für besonders schwere Fälle wurde später eine *revocatio in servitutem* zugelassen [8].

Durch besonderes Angeloben konnte der Patron noch besondere Rechte bei der Freilassung erwerben. Er konnte sich z. B. *dona et munera* bedingen, und besonders konnte er sich *operae* versprechen lassen, und zwar *operae officiales*, d. h. feierliche Liebes- und Ehrendienste, die kein bestimmtes Mass hatten, und *operae fabriles*, d. h. Arbeiten, die in der Ausübung irgend eines Handwerks oder einer Kunst bestanden. Dieses Versprechen musste aber eidlich geschehen (iurata promissio operarum liberti) [9] oder in Form einer *stipulatio* [10]. Die *operae officiales* hörten von selbst mit dem Tode des Patrons auf, wenn nicht das Versprechen auch auf die Kinder desselben erstreckt war; die *operae fabriles* gingen dagegen wie jedes sonstige Vermögensrecht auf seine Erben über [11]. Nach der *lex Iulia et Papia Poppaea* unter Augustus [12] sollte der *libertus* aber von allen *operae* frei sein, wenn er 2 Kinder in seiner väterlichen Gewalt hatte, oder auch nur 1 Kind, falls dieses über 5 Jahre alt war [13]. Wenn der Patron sein Recht auf *operae* geltend machte, verlor er jedoch sein Notherbenrecht [14].

Im älteren Rechte wurden die Freilassungen oft an übermässige Belastungen geknüpft, und desshalb gewährte im 7. Jahrhundert d. St. ein Edict des Prätors *Rutilius* dem libertus im Falle übermässiger Belastung gegen die Klage des Patrons eine *exceptio onerandae libertatis causa*, und es sollte sich nun der Patron bei der Freilassung nur noch für den Fall, dass der Freigelassene das *obsequium* gegen ihn nicht erfülle, die Hälfte des Vermögens des *libertus* verschreiben lassen können [15]. Diese als Bedingung der Freilassung sehr übliche *societas bonorum* zu Gunsten des Patrons wurde aber schon bald darauf ebenfalls durch das Edict untersagt (schon *Labeo* erklärt einen derartigen Vertrag für anerkannter Massen nichtig) [16], und statt dessen wurde dem Patron ein Pflichttheilsrecht auf die Hälfte des Nachlasses des libertus gegeben [17].

7) L. 30. Qui et a quibus XL. 9; l. 70. pr. de V. S. L. 16. — 8) S. §. 44. II. 8. — 9) S. §. 207. — 10) S. u. §. 195; Cic. ad Att. VII. 2; l. 3. 5. 7. §. 2; l. 37. Dig. de operis libertorum XXXVIII. 1. — 11) L. 6. 9. eod. — 12) S. u. §. 220. nr. IV. — 13) L. 37. Dig. eod., l. 6. §. 1. Cod. eod. VI. 3. — 14) L. 37. Dig. eod., l. 4. Cod. eod. VI. 3. — 15) L. 2. Dig. eod. XXXVIII. 1., l. 1. de bon. lib. XXXVIII. 2., l. 1. §. 4—12. Quar. rer. act. non datur. XLIV. 5. — 16) Cf. Ulp. l. 36. de oper. lib. XXXVIII. 1. — 17) Gai. III. 41; Ulp. XXIX. 1; l. 1. §. 2. de bon. lib. XXXVIII. 2; Paul. l. 20. de iure patr. XXXVII. 14. Vgl. das Nähere in Vering, Röm. Erbr. S. 393 ff. 613 ff. und u. §. 262. und Schmidt, Das Pflichttheilsrecht des patronus und des parens manumissor. Heidelberg 1868.

II. Wenn der dominus dem Sclaven aufgegeben hatte, sich eine bestimmte Summe Geldes zu erwerben, oder ein Dritter mit dem Sclaven einen Vertrag dahin geschlossen hatte, dass er ihn loskaufen wolle, und der Sclave dagegen Garantie für den Ersatz der Loskaufsumme gegeben hatte und darauf hin die Freilassung erfolgte, so hatte der Patron gegenüber einem solchen *suis nummis emptus* nur die agnatischen Rechte, keinen Anspruch auf reverentia, obsequium, accusatio liberti ingrati, kein Recht, sich dona und munera versprechen zu lassen, kein Recht auf alimenta, kein Notherbenrecht. Ebenso war es, wenn ein Sclave in Folge testamentarischer Auflage, oder wenn ein unter der Bedingung der Freilassung erworbener Sclave manumittirt wurde.

Nach der lex Aelia Sentia verlor der Freilasser sein Patronatsrecht, wenn er sich von dem Freigelassenen statt der zu leistenden Dienste hatte versprechen lassen, Geld zu zahlen. Ebenso geschah es, wenn bei der Freilassung der Freigelassene hatte eidlich versprechen müssen, nicht zu heirathen, oder wenn der Patron sich um den dürftigen libertus nicht kümmerte, oder wenn er gegen den libertus eine Capitalanklage erhoben hatte. Natürlich hörte auch das Patronatrecht auf, wenn der Patron seine Civität verlor.

Nach mehreren SCta[18]) verlor derjenige sein Patronatsrecht ganz, der, fideicommissarisch zur Freilassung verpflichtet, sich dieser Pflicht entzog; nach einem Rescripte von Septimius Severus und Caracalla auch der Freilasser, der sich von der Vormundschaft excusirte, die er über den ihm legirten und von ihm zu manumittirenden Sclaven führen sollte. Nach Valens und Valentinian sollte der Patron sein Patronatsrecht verlieren, welcher seiner liberta den Umgang mit fiscalischen Sclaven oder fiscalischen Colonen gestattete[19]). Auch gingen die iura patronatus unter, wenn der Kaiser eine natalium restitutio ertheilte; dadurch wurde vollständige Ingenuität, d. h. das Recht eines Freigeborenen verliehen. Es geschah dieses aber regelmässig nur unter Zustimmung des Patrons. Auch konnte durch richterliches Urtheil irrthümlich, aber vollwirksam, einem Freigelassenen die Ingenuität zuerkannt werden.

Durch Adoption von Seiten eines ingenuus erlangte ein libertinus dessen Agnatenkreis, blieb aber im Uebrigen libertinus[20]).

Eine Verleihung der Ingenuität salvo iure patroni lag in der Ertheilung des ius aureorum annulorum, indem das Recht, goldene Ringe zu tragen, ein Vorrecht der Senatoren und Ritter war[21]).

18) Vgl. o. §. 47. S. 107. — 19) C. 2. de bonis libert. VI. 4. — 20) Gell. V. 19; l. 27. de statu hom. I. 5. — 21) Daehne, De iure aureorum annulorum et natalium restitutione. Halae 1863.

Besass Jemand einen ingenuus bona fide als Sclaven und manumittirte ihn, so blieb dieser ingenuus, quia manumissio non officit natalibus. Ebenso galt der ingenuus postliminio reversus[22]) als ingenuus.

Pr. Inst. de ingenuis I. 4.: Ingenuus est is, qui statim ut natus est, liber est. — Pr. Inst. de libertinis I. 5.: Libertinus est, qui ex iusta servitute manumissus est.

III. Im Verhältniss zum Patron nannten die Römer die Freigelassenen meistens *liberti*[23]), im Verhältniss zu den ingenui, d. h. den freigeborenen Bürgern *libertini;* oft wurden aber die Ausdrücke liberti und libertini auch promiscue gebraucht. Nichtjurist. Schriftsteller[24]) nennen die Freigelassenen liberti, die Kinder von Freigelassenen libertini.

Ursprünglich gehörten die liberti und deren Kinder nicht zu den Patriciern, indem sie an den Curiatcomitien keinen Antheil hatten, und nicht zu den Plebejern, da sie nicht in comitiis tributis mitstimmten. Sie betrieben hauptsächlich Handel, Gewerbe und Schreibergeschäfte, deren Betreibung für einen Freigeborenen nicht als anständig galt. Sie hatten aber durch diese Gewerbe im öffentlichen Leben grossen Einfluss und bildeten, weil sie bei politischen Umwälzungen nichts zu verlieren, sondern nur zu gewinnen hatten, den unruhigeren Theil der Bevölkerung (forensis factio), deren sich die Volksführer, besonders die Gracchen, bedienten. Der Censor *Appius Claudius Caecus* nahm (im J. 442 d. St.) die libertini in die Tribut-Comitien auf und machte sie dadurch zu Plebejern; auch wählte er zuerst Enkel von Freigelassenen in den Senat, und sein Schreiber, der Libertinensohn *Gnaeus Flavius* wurde sogar curulischer Aedil. Jedoch sogleich darauf suchten die Censoren Quintus Flavius[25]) und Publius Decius den Einfluss der Freigelassenen zu beschränken, indem sie dieselben ausschliesslich auf die 4 tribus urbanae anwiesen. In der ersten Kaiserzeit hörten die Volksversammlungen und damit der politische Unterschied zwischen libertini und ingenui auf; jedoch konnte nach der *lex Iulia et Papia Poppaea* unter Augustus ein Senator keine gültige Ehe mit einer liberta eingehen, und nach der *lex Visellia* unter Claudius (i. J. 777 d. St.) sollte gegen den Freigelassenen eine Criminalanklage erhoben werden, der sich die iura ingenui anmasste. Alles dieses fiel unter Justinian weg.

IV. Justinian hob den Unterschied zwischen ingenui und liberti oder libertini ganz auf, indem er jedem Freigelassenen ohne Weiteres das ius aureorum annulorum und die natalium

22) S. o. §. 45. nr. I. — 23) L. ult. si ing. esse dicetur XL. 14. — 24) Isidor. Origines IV. 4. §. 48; Sueton. Claud. c. 24. — 25) Der wegen dieser ihm hoch angerechneten That den ehrenden Beinamen Maximus erhielt.

restitutio[26]) zusprach[27]). Jedoch sollten dem Patron seine Patronatsrechte verbleiben. Wenn aber der Patron auf die Patronatsrechte verzichtete, was Justinian für gültig erklärte, so sollte ihm nur noch das Recht auf obsequium und reverentia und zur revocatio in servitutem propter ingratitudinem verbleiben.

§. 49. Besondere Arten von Sclaverei und sclavenähnlichen Zuständen.

I. *Servi publici* sive *Caesaris* waren die Sclaven, welche dem Staate gehörten und namentlich von den Magistraten zu den verschiedensten Dienstleistungen benutzt wurden; sie durften über die Hälfte des ihnen bis zu ihrem Tode anvertrauten peculium testiren[1]).

II. Verschieden hiervon sind die seit Augustus vorkommenden *servi poenae*, servi sine domino, d. h. die ad metalla oder in opus metalli Verurtheilten, welche vollständig Sclaven waren, aber keinen bestimmten Herrn hatten, so dass desshalb auch eine Erbeinsetzung eines solchen Sclaven null und nichtig war[2]).

III. *Statu liber*[3]) war ein Sclave, welcher durch Eintritt einer bei seiner Freilassung gesetzten Bedingung oder eines sonstigen in der Zukunft liegenden Umstandes (z. B. im Falle der manumissio censu nach der älteren strengeren Ansicht erst beim Eintritt des lustrum)[4]) ipso iure frei wurde[5]), selbst wenn er inzwischen in das Eigenthum eines anderen Herrn übergegangen wäre. (Statu liber libertatis condicionem secum trahit)[6]). Bis zum Eintritt der Bedingung war aber derselbe im Uebrigen vollständig Sclave und erwarb als solcher für seinen jeweiligen Herrn[7]). Das von einer statu libera in der Zwischenzeit, bevor sie die Freiheit erlangte, geborene Kind wurde und blieb Sclave.

IV. *Nexu vinctus* oder *nexus*[8]) war der Schuldner, welcher sich seinem Gläubiger unter Anwendung der mancipatio, des nexum, d. h. per aes et libram, zur Zahlung seiner Schuld verpflichtet hatte.

26) S. u. §. 252 a. E. — 27) Nov. 78. cit.; §. 3. Inst. de succ. lib. III. 7.

§. 49. 1) Ulp. XX. 16; l. 3. pr. de his quae pro non script. hab. XXXIV. 8. — 2) Vgl. o. §. 44. nr. II. 9.; l. 17. de poenis XLVIII. 19. — 3) Dig. XL. 7; Madai, Die statu liberi des römischen Rechts. Halle 1834. — 4) Vgl. o. §. 44. nr. I. 2; s. auch §. 46. nr. I. 1. — 5) Vgl. o. §. 45. nr. III. 5. — 6) Ulp. II. 3. — 7) Vgl. o. §. 43. IV. S. 94.

8) Varro de lingua latina VII. §. 105. ed. Müller; Festus s. v. nexum; Huschke, Ueber das Recht des nexum. Leipzig 1846; Keller, Grundr. zu Vorles. über Institut. §. 115. S. 87 ff.; Münderloh, Aus der Zeit der Quiriten. Weimar 1872. S. 170 ff; Danz, Gesch. des röm. R. Bd. 2. §. 143—146 der 2. Aufl.

Die *mancipatio* war eine imaginaria emtio-venditio unter Zuziehung von quinque testes cives Romani puberes (welche die fünf Classen des populus Romanus nach der Servianischen Eintheilung repräsentirten) und zugleich unter Zuziehung eines libripens, eines Wagehalters, der als unparteiischer Dritter auf einer ehernen Wage (aenea libra) pro forma das Erz abwog, indem man in der älteren Zeit noch kein geprägtes Geld hatte und daher als Geld das Erz von einem libripens, der ein öffentlich bestellter Beamter war, abgewogen wurde[9]). Auch kam in der älteren Zeit ein antestatus vor. Dieser war wahrscheinlich eine priesterliche Person, die zur Bekräftigung des Actes zugezogen wurde[10]). Vielleicht war es aber auch derjenige, der am Ende des Mancipationsactes aufgefordert wurde, zu bezeugen, dass Alles in gehöriger Ordnung vor sich gegangen sei. Nöthig war der antestatus übrigens nicht, wenigstens in der späteren Zeit nicht; denn er wird bei keinem juristischen Schriftsteller erwähnt. In der ersten Kaiserzeit werden antestati in folgender anderen Art erwähnt: Die Mancipationen wurden gewöhnlich auf dem forum vorgenommen, weil man dort leicht die nöthige Zahl von Zeugen anwesend fand. Nach Beendigung des Actes pflegte der emtor an die hinzugekommenen Umstehenden, die dem Vorgange angewohnt hatten, heranzutreten, mit der Frage: licet antestari? Antwortete der Gefragte licet (d. h. ja), so berührte der emtor dessen Ohrläppchen, als den Sitz des Gedächtnisses, mit den Worten: „memento quod tu mihi in hac causa testis eris," um sich in Zukunft auch auf ihn berufen zu können, wie wenn er ein wirklicher Mancipationszeuge gewesen wäre[11]).

Eine mancipatio wirkte überhaupt so, als wenn der Inhalt des betreffenden Rechtsgeschäftes durch Volksgesetz festgestellt und rechtskräftig gemacht wäre. Die Worte, welche während der Mancipation gesprochen wurden und den Inhalt des Geschäftes angaben, nannte man darum lex mancipii. Bedingungen und Zeitbestimmungen konnten in die lex mancipii selbst nicht eingefügt werden. Jedoch die einer mancipatio in continenti (d. h. in unmittelbarer Folge) beigefügten Nebenverabredungen hatten gleiche

9) Dass der Wägemeister ursprünglich ein öffentlicher Beamter war, beweist eine uns erhaltene Inschrift bei Orelli Inscr. N. 4012., Mommsen, Inscr. Neap. N. 2003: „T. Vedius T. f. T. Vitorius Cn. f. IIviri libripendes ex decreto decurionum." Auch der griechische ζυγοστάτης oder Wägemeister war ein öffentlicher Beamter. c. 2. Cod. de ponderat. X. 11. Vgl. Danz, Gesch. des röm. Rechts. Bd. 2. S. 10.

10) Vgl. überhaupt Danz, Der sacrale Schutz im römischen Rechtsverkehr. Jena 1857. — 11) Vgl. Horat, Satir. I. 9. V. 76; Vering, Röm. Erbrecht S. 182 f. Note 3.

Rechtskraft, wie die Hauptverfügung. (Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto, sagen die XII Tafeln)[12]. Man wandte diese Mancipation auf die verschiedensten Rechtsverhältnisse an: zur Eingehung einer manus, zur Begründung eines mancipium, zur Errichtung eines Testamentes, zur Uebertragung einer res mancipi in das quiritarische Eigenthum eines Andern oder Verpfändung derselben oder Deposition derselben bei einem Anderen, zur Begründung einer strengen Schuldverbindlichkeit.

„Nexum est quodcunque per aes et libram geritur"[13].

Im engeren Sinne bezog sich aber das nexum nur auf die obligatio per aes et libram contracta[14], namentlich auf das unter Anwendung der mancipatio abgeschlossene Gelddarlehen, und vielleicht wurde auch bloss diese Obligation in der Form des nexum abgeschlossen.

Der debitor, welcher sich seinem creditor unter Anwendung von aes et libra verpflichtet hätte, galt, wenn er nicht am Verfalltage leistete, als schon im Voraus rechtskräftig verurtheilt, während ein anderer Schuldner, der sich nicht per aes et libram verpflichtet hatte, erst eingeklagt und verurtheilt *(iudicatus)* werden musste. Mit der Execution musste jedoch auch gegen den *nexu vinctus*, wie gegen den *iudicatus*, dem der *confessus* (d. h. der vor dem Prätor, *in iure*, geständige Schuldner) gleichstand, noch 30 Tage *(tempus iudicati)* gewartet werden. Die Execution geschah durch *manus iniectio pro iudicato*[15]. Der manu iniectus konnte sich nicht mehr selbst weiter vertheidigen, sondern musste entweder sofort das Geschuldete leisten, oder sich Hand- und Fussfesseln anlegen lassen und im Hause des Gläubigers für diesen Dienste zu leisten beginnen. Wurde er dem Gläubiger gestohlen, so hatte dieser eine actio furti. An drei aufeinander folgenden Wochen-Märkten *(per trinundinas)*[16] wurde der manu iniectus auf den Markt vor den Prätor geführt und hier verkündet, wie viel und wem er schuldig sei, damit etwa ein Dritter ihn auslöse oder als assertor oder vindex libertatis durch weiteren Prozess ihm die Freiheit wieder verschaffe. Geschah dieses nicht, so wurde der Schuldner, nachdem er sich seit 60 Tagen in der Gewalt des Gläubigers befunden hatte, diesem als wirklicher Sclave zugesprochen. Waren aber der Gläubiger mehrere, so sollten nach den XII Tafeln diese den Schuldner in Stücke schneiden dürfen, und es straflos sein, wenn Einer sich ein grösseres Stück geschnitten hätte, als ihm pro rata seiner Forderung zukam. Dieses ist aber wohl niemals praktisch gewesen, son-

12) Festus l. c. Cic. de off. III. 14. — 13) Festus l. c. — 14) Varro l. c. — 15) Vgl. u. §. 119; Gell. XX. 1; Gai. III. 189. 199. IV. 21. — 16) S. u. §. 97.

dern der Prätor liess in diesem Falle den Schuldner trans Tiberim als Sclaven verkaufen und den Erlös unter die Gläubiger vertheilen[17]).

Eine Reihe von Gesetzen *(leges fenebres et de aere alieno)*[18]) ergingen seit dem Ende des 4. Jahrhunderts d. St., um die harte Lage der Schuldner zu mildern. Namentlich hob die *lex Poetelia* im Jahre 441 d. St. die Executivkraft des unter Anwendung des nexum geschlossenen Darlehensgeschäftes auf und untersagte zugleich die fernere Anwendung des Blocks und der Fussfesseln (nervi, compedes) gegen verurtheilte Schuldgefangene[19]). Man sollte sich künftig nicht mehr an die Person, sondern an das Vermögen des Schuldners halten, was früher umgekehrt war. In Folge dessen verlor sich allmählich das nexum ganz. Schon Gaius erwähnt das nexum nicht mehr als Form für die Begründung einer Obligation, sondern nur noch die imaginaria solutio per aes et libram[20]).

V. *Mancipium*[21]) war das Gewaltverhältniss eines pater familias über das commercium[22]) eines civis Romanus (liberum caput in mancipio). Der in mancipio Befindliche blieb ingenuus, war aber servi loco und erwarb, wie ein Sclave, Alles was er erwarb, für seinen Gewalthaber[23]). Nur zweifelte man, ob dem Gewalthaber auch ohne sein Wissen der Besitz durch den in mancipio Befindlichen erworben werde, weil er denselben selbst nicht besitze, ein Zweifel, der gerade so auch bei der Frau in manu bestand[24]) und ebenso bei dem fremden Sclaven, an welchem man bloss den ususfructus hatte[25]). Da man jedoch den Besitzerwerb durch das Hauskind für den Vater zuliess, obgleich der Vater das Hauskind auch nicht besitzt, so wurde im späteren Rechte jene Frage bejaht[26]). Auch hatte der Gewalthaber des in mancipio Befindlichen das Recht auf die operae desselben. Für Schulden desselben musste ihn der Herr entweder in solidum defendere oder den Gläubigern zu ihrer Befriedigung dasjenige Vermögen herausgeben, was derselbe gehabt haben würde, wenn er sich nicht in mancipio befände[27]), gerade so wie bei der manus[28]). Der in mancipio Befindliche stand inzwischen in keiner Familie; er war inzwischen in Bezug auf sein connubium gegenüber dem Inhaber des mancipium selbstständig, weil er nicht zu gleicher Zeit in der Familiengewalt

17) Gai. III. 173—75. 189. 199. — 18) M. s. dieselben bei Rudorff, Röm. Rgsch. I. §. 19. II. §. 89. a. E. — 19) Livius VIII. 28; Varro de ling. lat. II. 5. 105; Cic. de rep. II. 34; Rudorff, Römische Rechtsgeschichte. Bd. 2. S. 85—87, 292—294. — 20) Gai. III. 175; vgl. u. §. 219. nr. III. 4. — 21) Vgl. Danz, Röm. Rechtsgesch. §. 112. der 2. Aufl. und die dort cit. Literatur. — 22) S. o. §. 42. — 23) Gai. II. 86 sq. III. 163; Fr. Vat. 51. — 24) Gai. II. 90. — 25) Gai. II. 94. — 26) L. 1. §. 8 de acq. poss. XLI. 2. — 27) Gai. IV. 80. — 28) S. u. §. 224.

noch eines Anderen stehen konnte. Und weil er in Bezug auf sein connubium nicht unter dem Inhaber des mancipium stand, so konnte er gegen denselben wegen Injurien klagen, was der Sclave gegen seinen Herrn nicht konnte.

Das mancipium entstand dadurch, dass ein pater familias sein Hauskind oder seine uxor in manu einem Anderen mancipirte (die Proculianer verlangten bei dem Haussohne eine trina mancipatio, die Sabinianer aber nur eine)[29], sei es in Folge eines wirklichen Verkaufs, um damit einen Erwerb zu machen[30], sei es, dass ein Hauskind Jemanden beschädigt hatte und sein pater familias, statt den Schaden zu ersetzen, es vorzog, das Kind noxae dedere, d. h. es in das mancipium des Beschädigten zu geben, damit es den Schaden abverdiene. Die noxae datio wurde schon früher bei Töchtern als der pudicitia zuwider verworfen, bei Söhnen aber noch von den Pandektenjuristen anerkannt. Wenn das noxae gegebene Kind den Schaden abverdient hatte, so konnte es nöthigenfalls eine manumissio censu erzwingen[31]). Nach der Ansicht der Sabinianer lebte jedoch durch die Freilassung die väterliche Gewalt des noxae dedens nicht wieder auf. Jedenfalls fiel aber wohl der zum dritten Male noxae causa in das mancipium hingegebene und daraus freigelassene Haussohn nicht mehr in die väterliche Gewalt des früheren Gewalthabers zurück, und die Tochter und der Enkel scheint immer sogleich bei der Freilassung aus dem ersten mancipium nicht wieder unter die frühere väterliche Gewalt zurückgefallen zu sein. Das mancipium hörte übrigens durch den Tod des Gewalthabers nicht auf, sondern nur durch freiwillige manumissio vindicta, censu oder testamento, wobei aber die Beschränkungen der lex Aelia Sentia und Furia Caninia nicht galten[32]). Derjenige, welcher Jemanden aus dem mancipium freiliess, erhielt als Quasipatron ähnliche Rechte wie ein wirklicher Patron[33]).

Auf die Kinder des in mancipio Befindlichen ging das mancipium nicht über, sondern diese fielen in die potestas des Grossvaters, auch wenn sie gezeugt waren, während ihr Vater sich in mancipio befand, und wenn der Grossvater nicht mehr lebte, wurden sie sui iuris personae, fielen aber in die potestas ihres Vaters, wenn dieser aus dem mancipium freigelassen wurde. Labeo und seine Nachfolger, die Proculianer, behaupteten zwar, wenn der Sohn zum dritten Male sich im mancipium Jemandes befinde, so solle das während dieser Zeit gezeugte Kind ebenfalls in das mancipium dessen fallen, der das mancipium über den parens hatte. Aber die

29) Gai. IV. 79. — 30) S. u. §. 233. nr. I. — 31) Gai. I. 140. — 32) Gai. I. 138 sq. — 33) Gai. I. 116 sqq. 123. 138—140.

entgegengesetzte Meinung der Sabinianer scheint gesiegt zu haben[33a].

Das mancipium wurde aber auch häufig als blosse Form (dicis gratia) angewandt, um durch seine Vermittelung die bisherige patria potestas oder manus aufzuheben und dann auch noch weitere Aenderungen in den Familiengewaltverhältnissen vorzunehmen[33b], nämlich:

1. bei der adoptio[34] und
2. bei der Auflösung derselben durch emancipatio[35],
3. bei der remancipatio zum Zwecke der Auflösung einer usu oder coëmptione eingegangenen manus[36].

Am längsten erhielt sich das mancipium dicis gratia bei der Adoption und Emancipation. Das just. Recht schaffte aber auch dieses sowie auch die noxae datio ab[37]. Das Recht, sein Hauskind zu verkaufen, hatte sich schon in der früheren Kaiserzeit verloren.

VI. *Auctoratus* ist derjenige, der sich zum Gladiatoren- oder Thierkampfe durch einen besonderen Eid (auctoramentum) verkauft hatte. Er war liber homo, aber infam, konnte daher auch kein Zeugniss gegen einen Angeklagten geben. In Beziehung auf seine Dienste trat er in ein der Sclaverei ähnliches Verhältniss, so dass er auch, wie ein iudicatus, Gegenstand eines furtum sein konnte[38]. Auch war er der härtesten Behandlung seines Herrn preisgegeben. Er konnte selbst von einem filiusfamilias ungestraft getödtet werden, wenn er von diesem zu Hause beim Ehebruch ertappt wurde. Constantin verbot die Gladiatoren- und Thierkämpfe, und damit verlor sich diese Menschenklasse[39].

VII. *Latini Iuniani.* So hiessen seit der *lex Iunia Norbana* vom Jahre 772 d. St. die Freigelassenen, bei deren Freilassung eines der civilrechtlichen Erfordernisse gefehlt hatte[40].

33a) Gai. I. 135. — 33b) Gai. I. 141; vgl. u. §. 224. nr. III. §. 236. §. 238. nr. V. — 34) Gell. V. 19; l. 11. Cod. de adopt. VIII. 48 cf.; Gai. I. 134. — 35) Gai. I. 132; §. 6. Inst. quib. mod. ius pot. I. 12; l. 6. Cod. de emanc. VIII. 40; Gai. I. 162. — 36) S. u. §. 224; Gai. I. 115. 115a. 118. 137. 162. 166. 195; Ulp. XI. 5; Fest. v. Remancipatam. — 37) Vgl. §. 7. Inst. de noxalib. actionib. IV. 8; vgl. Schlesinger, Zeitschrift für Rechtsgesch. Bd. 8. S. 50 ff. 202 ff. — 38) Gai. III. 199; Coll. leg. Rom. et Mos. IV. c. 3. §. 2. IX. c. 9. §. 2. — 39) L. unica Cod. de gladiatoribus penitus tollendis. XI. 43.

40) Vgl. o. §. 46. Nr. II.; Ulp. I. 10. 12. 16., III., XI. 16, XX. 14., XXII. 3. 8., XXV. 7; Gai. I. 17. 22. 23. 24. 28 sqq., II. 110. 275., III. 56.; Fr. Dosith. §. 12.; §. 3. Inst. de libertin. I. 5.; §. 4. Inst. de succ. lib. III. 8.; Vangerow, Die Latini Iuniani. Marburg 1833.

Solche Freigelassene erhielten nämlich den Rechtscomplex der Latini coloniarii. Während die Bewohner des alten Latium schon früh, zuerst im Wege des Bündnisses, connubium und commercium mit den Römern und dann sogar das mindervolle Bürgerrecht erhielten, hatte man, nachdem allmählich ganz Italien das römische Bürgerrecht erlangt hatte, die Latina libertas auf die aus Bundesgenossen, sowie aus Römern, die ihre Civität aufgaben, gegründeten Colonien übertragen, jedoch gewisse Einschränkungen gemacht. Man ertheilte zwar den latinischen Colonien, wie wir aus dem aes Salpensanum[41]) ersehen, auch das Vorrecht, dass, wer bei ihnen ein obrigkeitliches Amt bekleidet hatte, dadurch im Falle der Uebersiedelung nach Rom die civitas cum suffragio, das volle Bürgerrecht, erlangte, sei es bloss für seine Person (ius Latii minus) oder zugleich auch für seine Familie (ius Latii maius)[42]). Aber die Latini coloniarii waren privatrechtlich von den alten Latinern darin verschieden, dass sie kein connubium hatten, also auch keine väterliche Gewalt und keine Agnationsrechte haben konnten, und was das commercium betrifft, von römischen Bürgern keine hereditates und legata erwerben (capere) konnten, sondern nur die bonorum possessio und fideicommissa, d. h. Erbschaften und Vermächtnisse nach ius gentium. Antoninus Caracalla hob die Latinität als Attribut ganzer Gemeinden auf[43]). Dagegen kam die jener Latinität nachgebildete individuelle Latinität der Latini Iuniani bis auf Justinian vor. Diese waren aber nicht Angehörige einer Gemeinde; sie hatten nur die privatrechtliche Stellung der Latini. Sie konnten auch kein Testament machen oder testamentarische Tutoren werden, wohl aber konnten sie gültige Testamentszeugen sein. Das Vermögen des Latinus Iunianus fiel bei dessen Tode, wie ein peculium servi, an den Patron oder dessen Erben. Der Latinus Iunianus lebte, wie die Quellen sagen, als Freier, starb aber als Sclave[44]). Wenn der Latinus aber das römische Bürgerrecht erlangt hatte, fielen alle diese Beschränkungen hinweg, namentlich auch blieb seine Erbeinsetzung und seine Honorirung mit Legaten gültig bestehen, wenn er vor dem Tode des Testators oder intra spatium cretionis, d. h. innerhalb der ihm für den feierlichen Antritt der Erbschaft gesetzten Zeit die Civität erwarb. Das SC. Largianum vom Jahre 795 d. St. unter Claudius bestimmte, dass die Kinder des Patrons, wenn sie nicht nominatim enterbt seien, vor den extraneis heredibus ihres Vaters den Vorzug bei der Erbfolge in die bona (d. h. das quasi peculium) des Latinus haben sollten[45]).

41) S. o. §. 3. S. 7. — 42) Gai. I. 95—96. — 43) L. 17. de statu homin. I. 5. — 44) S. §. 4. Inst. de succ. libert. III. 8. — 45) Gai. I. 17., III. 55—73.; Ulp. XI. 16.

Ein Latinus konnte auf vielerlei Weise die Civität erwerben[46]:

1. Durch *iteratio*, d. h. durch Wiederholung einer feierlichen Freilassungsform nach Beseitigung des früher dem Eintritt der Civität entgegen gestandenen Hindernisses, oder Hinzutreten der Freilassung von Seiten desjenigen, der noch das nudum ius Quiritium über den Latinus hatte[47].

2. *Beneficio principali* oder *imperiali*, d. h. durch kaiserliche Verleihung. *Trajan* verordnete für diesen Fall, dass durch das beneficium principale dem Peculienrechte des manumissor kein Abbruch geschehen solle. Rescripte *Hadrian's* bestimmten jedoch, dass, wenn ein Latinus als civis Romanus einen ordentlichen Hausstand gewinne, auch das Peculienrecht des manumissor aufhören solle[48].

3. *Liberis* oder durch *causae probatio*, d. h. nach der lex Aelia Sentia konnte ein minor triginta annorum manumissus, wenn er eine Römerin oder Latinerin heirathete und bei der Schliessung der Ehe vor 7 cives erklärt hatte, er heirathe liberorum quaerendorum causa, die römische Civität für sich und die Frau und die Kinder und damit die patria potestas erlangen, wenn er vor dem Prätor die Beobachtung jener Form nachwies und einen anniculus aus dieser Ehe vorzeigte. Durch ein Senatus Consultum Pegaso et Pusione consulibus wurde diese causae probatio auch auf solche Fälle anwendbar gemacht, wo ein Freigelassener aus einem andern Grunde, als weil er bei der Freilassung noch nicht 30 Jahre alt war, anfangs bloss die Latina libertas erlangt hatte. War der Latinus gestorben, so konnte die Frau, wenn sie nicht schon civis Romana war, die causae probatio vor dem Prätor vornehmen und dadurch die Civität für sich und ihr Kind erlangen[49].

4. Nach einem besonderen SC. sollte die *Latina, quae sit vulgo ter enixa*, d. h. die 3 uneheliche Kinder hatte, die Civität erhalten (denn in eine achtbare freie Familie wurde eine Latina als Ehefrau nicht gern aufgenommen)[50].

5. *Militia*, d. h. durch Bekleidung eines militärisch organisirten öffentlichen Dienstes, insbesondere nach einer lex Visellia dadurch, dass der Latinus 6 Jahre, oder nach einem späteren Senatus Consultum schon dadurch, dass er 3 Jahre inter vigiles diente.

6. *Nave*, d. h. dadurch, dass er 6 Jahre lang mit einem 10,000 (modios =) Scheffel fassenden Schiffe Getreide nach Rom brachte.

7. *Aedificio*, d. h. wenn er ein Gebäude in Rom errichtete und darauf einen bestimmten Theil seines Vermögens[51]) verwandte[52].

46) Ulp. tit. III.; Gai. I. 28 sqq. — 47) Gai. I. 167; Fragm. Vat. 221. — 48) Gai. III. 72. 73. — 49) Ueber die *erroris causa probatio* s. u. §. 235. nr. II. — 50) Ulp. I. §. 3. i. f. — 51) Huschke nimmt an 2/3. — 52) Gai. I. 33.

8. *Pistrino*, d. h. durch Anlegung einer Mühle oder Bäckerei.

9. Seit Constantin erlangte auch der Latinus die Civität, welcher die Entführung einer Jungfrau oder Wittwe anzeigte.

Justinian verlieh allen freien Angehörigen des römischen Reiches die Civität, welche damals keine besonderen Rechte mehr mit sich brachte; er hob demgemäss die Latina libertas ausdrücklich auf[53]. Ebenso hob Justinian[54] auf:

VIII. den Zustand der *dediticii*. Diese waren ursprünglich die Feinde, welche sich den Römern auf Gnade oder Ungnade ergeben hatten. Seit der lex Aelia Sentia hiessen so diejenigen Freigelassenen, welche während der Sclaverei wegen Verbrechen peinlich (durch Belastung mit Fesseln, Folter oder Thierkampf) bestraft waren. Jedoch musste, damit diese Folge eintrete, derjenige, der diese Strafe ausgesprochen hatte, die alleinige volle Disposition über den Sclaven haben. Sobald die Interessen dritter Personen im Spiele waren, konnte der Sclave nicht dediticius werden[55]. Die dediticii hatten kein ius connubii und auch kein ius commercii, sie konnten auch kein Testament machen (quia nullius certae civitatis cives erant, ut secundum eius leges testarentur)[56] und nichts aus einem Testamente erwerben, nicht einmal fideicommissa; sie konnten niemals römische Bürger werden und mussten sich aus Rom und der Bannmeile von Rom, die bis zum hundertsten Meilensteine reichte[57], entfernen. Thaten sie dieses nicht, so wurden ihre Güter und sie selbst als Sclaven vom Staate verkauft und zwar unter der Bedingung, dass sie ausserhalb der Bannmeile Roms dienten und niemals frei gelassen würden. Wurden sie aber dennoch frei gelassen, so wurden sie Sclaven des römischen Volkes.

IX. *Coloni*, *agricolae*, *rustici*, *inquilini*, *glebae adhaerentes (adscripticii)*, *censiti*, *tributarii* waren eine seit Constantin durch Kriegsgefangenschaft entstandene von den Germanen herübergenommene Art von Leibeigenen, welche in ihrer Freiheit dadurch beschränkt waren, dass sie an ein bestimmtes Grundstück gebunden, mit diesem vererbt und veräussert wurden, und die Pflicht hatten, das Grundstück zu bebauen und einen jährlichen canon, den der Herr aber nicht erhöhen konnte, gewöhnlich in Naturalleistungen, an den Grundherrn zu bezahlen, und ausserdem eine Steuer, die der Grundherr wieder an den Staat zahlen musste. Die coloni

53) L. un. Cod. de Latina lib. toll. VII. 6.; §. 4. i. f. Inst. de succ. lib. III. 8. — 54) L. un. Cod. de dedit. lib. toll. VII. 5. — 55) Vgl. o. §. 46. nr. III.; Gai. I. 13. 24–27., III. 75.; Ulp. I. 11., XX. 14., XXII. 2.; Paul. R. S. IV. 12,; §. 3. Inst. de libertin. I. 5. — 56) Ulp. l. c. — 57) S. o. §. 44. nr. II. 6.

standen auch unter der Zuchtgewalt des Grundherrn und konnten gegen denselben regelmässig nicht processiren. Wenn der Colone entfliehen wollte, wurde er wie ein flüchtiger Sclave behandelt und verfolgt. Aber auch der Grundherr konnte den Colonen nicht von dem Grundstücke trennen; wenn der Grundherr den Colonen verkauft hatte, so konnte er ihn wieder vindiciren, ohne den Kaufpreis zurückgeben zu müssen. Der Colone hatte freies Vermögen, durfte aber ohne den Willen des Grundherrn nicht darüber verfügen oder processiren, und insofern wird das Vermögen öfters auch peculium genannt[58]).

Es wurde dieser hauptsächlich in den Provinzen vorkommende Colonat fortgepflanzt durch Geburt von Eltern oder Abstammung von einer Mutter desselben Standes. (Die durch Abstammung Colonen gewordenen hiessen originarii). Die Ehe eines colonus mit einer Freien war nach Justinian ungültig und die Kinder wurden auch hier Colonen; ebenso auch wenn ein Freier eine colona geheirathet hatte[59]). Wenn zwei Colonen von verschiedenen Gütern einander heiratheten, so wurden die Kinder nach dem Loos den Grundherrn der beiden Eltern, bei ungleicher Zahl aber dem Grundherrn der Mutter der grössere Theil zugetheilt[60]). Ferner entstand der Colonat seit *Anastasius* auch dadurch, dass der Grundherr denselben ersass, d. h. entweder, indem er unter Vorhandensein von iustus titulus und bona fides Jemanden 10 Jahre lang als colonus behandelte, oder wenn er ohne Vorhandensein von iust. tit. und bona fides Jemanden 30 Jahre lang, ohne dass derselbe widersprach, als colonus behandelte. Jedoch behielt der durch Ersitzung Colone Gewordene für sich und seine Nachkommen das freie Veräusserungsrecht seines Vermögens. Auch zur Strafe liederlichen Vagabundirens konnte Einer Colone werden[61]). Endlich konnte ein Herr seinen Sclaven dadurch zum Colonen machen, dass er ihn in das Steuerkataster des Gutes eintragen liess[62]).

Der Colonat erlosch durch manumissio, wovon zwar die Quellen schweigen, durch Einreihung des Colonen in's Heer unter Zustimmung des Herrn und durch gültige Ordination.

58) Theod. Arcad. l. un. Cod. de colonis Thracensibus XI. 51.; l. 1. Theod. Cod. de inquilinis et colonis V. 10.; l. 3. Th. Cod. de bon. mil. V. 4., l. XI. 23. Cod. de agricolis. XI. 47—71.; Nov. 70. 74. 78. 123. c. 4. Vgl. auch Savigny, Vermischte Schriften Bd. II. S. 1 ff.; Huschke, Census S. 145 ff.; Boecking, Röm. Privatrecht. 2. Aufl. S. 194 ff. 227 ff.; Danz, Gesch. des Röm. Rechts. Bd. I. §. 75.

59) C. 16. 21. 24. de agricol. XI. 47. — 60) Vgl. c. 3. ut nemo XI. 53.; Nov. 156; Nov. 162. c. 3. — 61) C. 1. de mendicantibus validis. XI. 25. — 62) C. 1. de agricol. XI. 47.

Seit Honorius konnte der Colonat auch dadurch erlöschen, dass ein Mann bereits 30, eine Frau bereits 20 Jahre das grundherrliche Land verlassen und sich als frei betragen hatte. Justinian hob aber diese Verjährung als dem Ackerbau nachtheilig auf.

Eine besondere Art coloni, welche militärisch organisirt unter eigenen praefecti standen, und als Leibeigene des Staates resp. des Kaisers anzusehen waren, entstanden aus sich hinzudrängenden germanischen und sarmatischen Horden in den gallischen und norditalischen Landen unter den Namen *Laeti*, (germ. Laten, Lazzen, Lassen) oder wie sie in Norditalien (Sueven und Sarmaten) auch hiessen, *Gentiles*[63]).

§. 50. Das ius Italicum [1]).

Italien hatte vor den übrigen Theilen des Reiches ursprünglich das Vorrecht einer freien Verfassung, der Steuerfreiheit des Bodens und der Fähigkeit, im quiritarischen Eigenthum zu stehen. Die freie Verfassung verlor sich überhaupt seit Anfang der Kaiserzeit, die Steuerfreiheit seit Caracalla, und ebenso glich sich unter den Kaisern allmählig und seit Justinian völlig der Unterschied zwischen dominium ex iure Quiritium und in bonis aus. Damit hatte dann das sogenannte ius Italicum alle Bedeutung verloren.

§. 51. Die römische Civität [1]).

I. Cives optimo iure sind diejenigen, welche ausser dem *connubium* und *commercium*, d. h. der civilrechtlichen Privatrechtsfähigkeit[2]) auch die öffentlichen Rechte des *civis*: das *ius suffragii* (d. h. Stimmrecht in den Volksversammlungen) und das *ius honorum* (d. h. Aemter zu bekleiden) besassen. Diejenigen cives, denen diese öffentlichen Rechte geschmälert oder entzogen waren, hiessen *cives non optimo iure*, oder auch *aerarii*, weil sie nicht in den Censuslisten standen, also von den Centurien ausgeschlossen waren, und daher statt des census, eine Kopfsteuer (aes) bezahlten. Sie hiessen auch *Caerites*, von der Stadt Caere, welche zuerst das mindervolle Bürgerrecht erlangte. Die Gewährung der Theilnahme an den bürgerlichen Rechten eines Römers an ein ausländisches Volk mit

63) Notit. Dignit. Occid. c. 40; l. 10. 12. pr. Th. Cod. de veteran. VII. 20; l. 9. Theod. Cod. de censitorib. XIII. 11.

§. 50. 1) L. 1. D. de censibus L. 15; l. 8. eod.; Honor. et Theod. l. un. Cod. de priv. urb. Const. XI. 2; Walter, Röm. Rechtsgesch. §. 309 f.; Kuntze, Cursus der Inst. I. §. 295; Rudorff, Röm. Rechtsgesch. X. §. 12.

§. 51. 1) Vgl. Danz, Lehrb. der Gesch. des Röm. Rechts. Bd. 1. §. 23. der 2. Aufl. — 2) S. o. §. 42.

Ausnahme jedoch des Stimmrechts und des Zutritts zu öffentlichen Aemtern hiess *municipium* [3]). Caracalla verlieh allen Städten des Reiches die römische Civität, deren politische Vorrechte sich damals schon verloren hatten.

Während der Republik schützten den civis Romanus die lex Portia und die leges Semproniae vor körperlicher Misshandlung [4]). In der Kaiserzeit verloren sich allmählich alle Vorrechte der röm. Bürger.

II. Die römische *Civität* entstand:

1. Durch Geburt von einer Römerin. Eine lex Mensia [5]) änderte dies vorübergehend dahin, dass wenn die Mutter zwar Römerin, der Vater aber Peregrine war, das Kind ebenfalls bloss Peregrine werden sollte [6]). Durch ein SC. unter Hadrian wurde diese lex wieder aufgehoben [7]).

2. Durch iusta ac legitima manumissio [8]).

3. Durch Ertheilung von Seiten des Staates oder Kaisers [9]).

4. Für die Latini in den früher genannten Fällen [10]).

III. Die *Civität* endigte:

1. Durch Tod [11]).

2. Durch feindliche Gefangenschaft bis zur Rückkehr aus derselben [12]).

3. Durch Entsagung, wenn man Bürger eines anderen Staates wurde [13]).

4. Zur Strafe verlor man die Civität in Folge eines jeden durch eine lex iudiciorum publicorum bedrohten Verbrechens, welches eine maior capitis diminutio nach sich zog. Diese Wirkung übte namentlich die aquae et ignis interdictio und die später an deren Stelle getretene deportatio nach gewissen Inseln oder Oasen, nicht auch die relegatio, die nur bewirkte, dass man eine bestimmte Zeit hindurch Italien meiden musste. Wenn Jemand zur Strafe eine capitis diminutio maxima oder media erlitt, so war damit eine Confiscation

3) Paul. Diac. excerpt. e Fest. ed. Müller p. 127; vgl. Walter, Röm. Rg. I. §. 85.

4) Vgl. Zumpt, Die persönliche Freiheit des röm. Bürgers und die gesetzliche Garantie derselben. Darmstadt 1846. Labeo bestritt auch das sonst allgemein anerkannte Recht der Volkstribunen, sich jeder Person zu bemächtigen (prendere) und sie einzusperren. Gellius XIII. 12.; Zumpt a. a. O. S. 4.

5) Oder vielleicht, wie Voigt will, die *lex Maenia* de dote vom Jahr 568 d. St. Vgl. Voigt, Die lex Maen. S. 11. — 6) Ulp. V. 8.; Gai. I. 78. — 7) Gai. I. 80—82. 91. 92. — 8) S. o. §. 46. f. — 9) Gai. I. 29. 55. 93. 94., III. 20; §. 3. Inst. de lib. 1. 5. — 10) S. o. §. 49. nr. VII. — 11) Ulp. X. 4; Gai I. 129. — 12) Ulp. et Gai. l. l. citt. — 13) Cic. pro Caecin. XXXIII. 34; pro Balb. c. 11. §. 27. 28; de orat. I. 40. 182.

seines Vermögens (publicatio und sectio bonorum) verbunden, die aber auch ohne capitis diminutio maxima oder media dann eintrat. wenn Jemand in publico iudicio zum Schadenersatz verurtheilt war und diesen nicht leistete [14]). Es wurde dann durch den Prätor der Quaestor aerarii in das ganze Vermögen immittirt und von diesem eine Subhastation der Vermögensgesammtheit an einen Gesammtkäufer (bonorum sector) vorgenommen, der dann civilrechtlicher Universalsuccessor wie ein heres wurde [15]). Durch ein *interdictum sectorium* konnte sich der bonor. sector den Besitz des Erkauften verschaffen [16]). Jedoch kommt diese sectio bonorum im neuesten justinianischen Recht nicht mehr vor, sondern es fand ein Verkauf der einzelnen Sachen statt. Auch schlossen nach Justinian's Bestimmung [17]) die Erbrechte der Descendenten und Ascendenten bis zum 3. Grade und der Anspruch der armen Ehefrau des Capitalverbrechers, ausser bei Bestrafung des crimen laesae maiestatis, den Fiscus aus [18]).

§. 52. Von der bürgerlichen Ehre [1]).

Bei den Römern und den andern Völkern des Alterthums war, wie die Rechtsfähigkeit überhaupt, so auch die Ehre und äussere Anerkennung ein Ausfluss des Bürgerrechts.

I. Die Römer nannten den aus dem Besitze des Bürgerrechtes hervorgehenden Anspruch auf äussere Anerkennung und Respectsbezeugung: *existimatio*. Diese wurde verloren beim Eintritt der capitis diminutio maxima oder media (consumtio existimationis). Aber auch demjenigen, welcher römischer Bürger geblieben war, konnte seine bürgerliche Ehre geschmälert werden (minutio existimationis, ignominia). Der schwerste Grad von ignominia war die *infamia*, eine Ehrenschmälerung kraft Rechtssatzes und zwar zufolge prätor. Rechts, und die schwerste Gattung der Infamen bildeten die *improbi et intestabiles*. Geringere Ehrenschmälerungen waren die *turpitudo*, die *levis nota*, beides Ehrenschmälerungen kraft der öffentlichen Meinung, ferner

14) Ulp. XI. 12; Gai. I. 161; Cic. pro Caec. 33. §. 98; l. 8. qui test. fac. poss. XXVIII. 1; l. 2. §. 1. D. de poenis. XLVIII. 19; l. 5. §. 3. de extraord. cogn. L. 13; Liv. XXXVIII. 58. 60; Cic. in Verr. I. 21; Ascon. ad h. l.

15) Festus de V. S. s. v. hasta. Liv., Cic. l. c. — 16) Gai. IV. 146; III. 80. — 17) Nov. 134 c. 13. — 18) Vgl. Vering, Röm. Erbrecht S. 575 ff.

§. 52. 1) Tabula Heracl. v. 108—123. [Mommsen, Corpus inscr. latt. I. pag. 122.]; Vatic. fragm. 322—24; Paul. I. 2. 3; Dig. de his qui not. infamia III. 2; de postulando III. 1; Cod. ex quib. causis infamia irrogetur II. 12. de infamibus X. 57; Sirmondi const. 15. — Marezoll, Die bürgerliche Ehre. Giessen 1824; Savigny, System Bd. II. §. 76—83 nebst Beilage VII. S. 516 ff. — Karlowa, Zur Geschichte der infamia. Zeitschrift für gesch. Rechtsw. Bd. 9. S. 204 f.

alle die Fälle, wo Jemand durch einen Richterspruch für unwürdig erklärt wurde, irgend ein civiles Recht ferner auszuüben, oder eine Strafe erlitt, die die Ehre angriff, z. B. wenn Jemand relegirt, zu Geisselhieben oder zu öffentlichen Arbeiten (nicht zu verwechseln mit ad metalla) verurtheilt wurde, oder wenn Jemandem wegen eines Delicts auf eine Reihe von Jahren das ius honorum genommen oder Jemand vom Censor auf dessen Amtsdauer aus dem Senate oder Ritterstande oder aus den Centurien ausgeschlossen wurde *(nota censoria)*.

II. Die *infamia* († *infamia iuris*) ist die Schmälerung der bürgerlichen Ehre, welche mit ihren besonderen Voraussetzungen und Wirkungen in Folge ausdrücklicher Rechtsvorschrift nach festen althergebrachten Regeln (moribus) eintritt. Diese infamia ist entweder eine † *immediata* oder † *mediata*.

Die erstere tritt sofort ein, sobald Jemand eine gewisse That begeht, schon ohne darauf folgenden Richterspruch, z. B. wenn Jemand Schauspieler, Thierkämpfer, Hurenwirth (lenocinium facit), Hure wird, beim Ehebruch ertappt wird, einen Bankerott macht[1a]), das Trauerjahr verletzt, als Vormund die Mündel vor der abgelegten Rechnung heirathet oder mit seinem Sohne verheirathet, wenn Jemand ein zweites Verlöbniss oder eine zweite Ehe eingeht vor Auflösung der früheren.

Die *infamia* † *mediata* tritt erst in Folge eines richterlichen Urtheils ein, einerlei ob dieses ausdrücklich auf Infamie lautet oder bloss die That constatirt. Eine infamia mediata trat namentlich ein 1) bei der Verurtheilung wegen eines *crimen publicum*, falls desshalb nicht sogar, wie es gewöhnlich der Fall war, eine capitis diminutio maxima oder media eintrat.

(Crimina publica waren die durch *lex populi* mit öffentlicher Strafe bedrohten Verbrechen, und diese wurden, nachdem der Magistrat die Untersuchung eingeleitet hatte, ursprünglich in den Comitien selbst, seit dem 7. Jahrhundert d. St. vor *quaestiones perpetuae*, d. h. besonderen Gerichtshöfen nach Art unserer Assisen für jede Gattung von Verbrechen, abgeurtheilt; in der späteren Kaiserzeit wurden sie zwar auch extra ordinem, d. h. von Anfang bis zu Ende vor dem Magistrat abgeurtheilt, aber es blieb der althistorische Name und die alte Strafe.)

2) Dagegen die *Crimina extraordinaria*, d. h. die erst von den Kaisern oder durch Gewohnheitsrecht mit öffentlicher Strafe bedrohten Verbrechen, bei denen der *magistratus* von jeher den Process nicht bloss einleitete, sondern *(extra ordinem)* vor seinem Tribunal bis zu Ende durchführte, infamirten nur dann, wenn die infamia

1a) S. u. §. 135.

ausdrücklich als Straffolge bei ihnen angedroht war, wie z. B. beim *crimen expilatae hereditatis*[2]), bei der *praevaricatio* (Sachverrätherei des Advocaten), *calumnia* (verläumderische Anklage), oder wenn statt der *accusatio criminis* auch eine private Strafanklage angestellt werden konnte, welche infamirte, wie z. B. wegen *sepulcri violatio* auch eine *popularis*[3]) *actio sepulcri violati* angestellt werden konnte, bei der die Verurtheilung infamirte. 3. Es traf die *infamia mediata* ferner denjenigen, welcher [wegen gewisser Privatdelicte, wie namentlich auf Grund der *actio furti*, *vi bonorum raptorum*, *iniuriarum*, *doli* oder *sepulcri violati* verurtheilt war oder sich der Verurtheilung nur durch einen Vergleich entzogen hatte. 4. Endlich trat die *infamia mediata* auch ein im Falle des *dolus* bei den sogenannten *contractus famosi:* für den mit der *actio mandati*, *depositi*, *tutelae* und *pro socio* (im alten Rechte auch den mit der actio fiduciae[4]) Verurtheilten)[5]). 5. Eine infamia (die man wohl richtiger als mediata bezeichnet) traf bei den Römern auch den miles ignominiae causa missus, d. h. den schimpflich entlassenen Soldaten.

Die Wirkungen der *infamia* zeigten sich hauptsächlich im öffentlichen Rechte: Verlust des *ius suffragi* et *honorum* (der Infamis wurde also aerarius)[6]) und Verlust des *ius postulandi*, d. h. des Rechtes vor Gericht als Stellvertreter für einen Anderen im Processe aufzutreten[7]). (Gerade mit Rücksicht hierauf zählte der Prätor die Hauptfälle der Infamie im Edicte auf)[8]). Desshalb konnte der Infame auch keine Popularklagen anstellen, wenn er in denselben nicht zugleich sein verletztes eigenes Interesse verfolgte, sondern lediglich als procurator populi auftrat, und ebenso konnte er sich desshalb im älteren Rechte keine Forderung cediren lassen, denn die Cession galt im alten Rechte bloss als Ausübung und Geltendmachung einer fremden Forderung[9]).

Die Ehe mit einer infamen Person genügte nicht, um die von der lex Iulia et Papia Poppaea unter Augustus angedrohten poenae caelibatus zu vermeiden[10]), welche Bestimmung Justinian aber aufhob[11]). Die übrigen Wirkungen der Infamie traten ebenso bei der turpitudo und levis nota ein.

Ausser den übrigen Strafen der Infamie trafen aber noch härtere die *improbi et intestabiles.* Diese konnten nämlich weder Zeugniss geben, noch nehmen und insbesondere desshalb auch weder ein Testament machen, noch in einem Testamente gültig bedacht wer-

2) S. u. §. 146. nr. III. — 3) S. u. §. 114. nr. II. 18. — 4) S. u. §. 163. — 5) Lex 1. Dig. De his qui notantur infamia III. 2. — 6) S. §. 51. — 7) S. u. §. 112. — 8) L. 1. D. h. t. — 9) S. u. §. 181. — 10) Ulp. XIII. — 11) L. 28. 29. Cod. de nupt. V. 4.; Nov. 117. c. 6.

den. Der älteste Fall war nach den XII Tafeln der, wo ein bei der Mancipation zugezogener Zeuge oder Wagehalter später sein Zeugniss abzulegen verweigerte (qui se sierit testarier [= testis] libripensve fuerit ni [= nisi] testimonium fariatur [fari = sagen] improbus intestabilisque esto). Ein besonderes SC. welches einen Nachtrag zur lex Cornelia de iniuriis bildete[12], erklärte den verurtheilten Pasquillanten (ob carmen famosum damnatus) für intestabilis; Gratian, Valentinian und Theodosius die Manichäer und Apostaten; Friedrich I. alle Häretiker; das canonische Recht die usurarii manifesti, d. h. die offenkundig verbotene Zinsen nahmen[13], und diejenigen, welche einen Cardinal thätlich verletzten oder verfolgten. In allen diesen Fällen treten heute andere Strafen ein, als die der improbi et intestabiles, und die Häresie und Apostasie ziehen überhaupt keine bürgerlichen Strafen mehr nach sich.

Die Infamie endigt 1) regelmässig erst durch den Tod; jedoch auch 2) durch richterliche restitutio; 3) durch speciellen Erlass der Infamie von Seiten des Regenten; 4) wenn der Richter unrichtig eine zu schwere Strafe verhängt hat, und diese abgebüsst ist, so darf er, um eine Ausgleichung vorzunehmen, die Infamie erlassen. 5) Hat Jemand ein Delict begangen, welches mit einer Hauptstrafe belegt ist, die unter anderen Nachtheilen auch Infamie nach sich zieht, so ist mit Abbüssung der Hauptstrafe zugleich die Infamie abgebüsst.

III. *Turpitudo* (auch wohl † infamia facti genannt) ist die Schmälerung des guten Namens, der sittlichen Achtung bei den Mitmenschen in Folge einer schändlichen Lebensweise, wie bei den notorischen Trunkenbolden, gerichtlich erklärten Verschwendern und bei den Römern auch, wenn Jemand in einem *iudicium famosum* nicht *suo nomine*, sondern *alieno nomine* verurtheilt war, d. h. indem er sich in dem Process durch einen procurator hatte vertreten lassen.

IV. *Levis nota* ist die Schmälerung der sittlichen Achtung in Folge des Betreibens eines verachteten Gewerbes. Dahin gehörten bei den Römern die nautae, caupones (Gastwirthe) und stabularii (Stallwirthe), venatores (Jäger), Köche; nach deutschem Rechte die Abdecker, Henker, und das germanische und canonische Recht belegten auch die unehelichen Kinder mit einer levis nota.

12) So erklärt es sich, wenn in l. 18. §. 1. qui testam. fac. poss. XXVIII. 1. ein Senatsschluss, in l. 5. §. 9. de iniur. XLVII. 10. ein Gesetz als Quelle jener Bestimmung angegeben wird. Vgl. Pernice. M. A. Labeo. Bd. 1. S. 240. Note 3.

13) Vgl. Vering, Lehrb. des Kirchenrechts. Freiburg. 1875. §. 158. und u. §. 74. S. 155.

V. Die Wirkungen der turpitudo und levis nota, welche auch bei der infamia eintraten, sind: Ausschliessung von Magistraturen, von der Function als iudex[14]), mindere Glaubwürdigkeit als Zeuge, seit Justinian auch Ausschliessung vom Solennitätszeugniss; die bescholtenen Personen können keine actiones famosae gegen unbescholtene Leute anstellen, keine accusationes, kein interdictum de liberis exhibendis; keine Vormünder sein; die Erbeinsetzung der turpis persona kann von den übergangenen nicht selbst mit einer turpitudo behafteten und auch nicht lieblos gegen den Erblasser gewesenen Geschwistern desselben, welche von des Vaters Seite (nicht bloss von mütterlicher Seite) verwandt sind, mit einer querela inofficiosi testamenti angefochten werden. Das canonische Recht schloss sie vom Reinigungseide und der Eideshelferschaft und von der Ordination aus; nach deutschen Reichsgesetzen waren sie namentlich auch von Zünften, Gilden und Aemtern ausgeschlossen.

VI. Die levis nota entspricht der germanischen *Anrüchigkeit*, welche nach gemeinem Rechte noch die unehelichen Kinder und Abdecker trifft; die turpitudo entspricht ganz der heutigen *Verächtlichkeit*. Ob endlich die römische infamia († iuris) als *Ehrlosigkeit* noch im heutigen Rechte fortbestehe, ist streitig. Das canonische Recht erklärte alle diejenigen für infam, quos leges seculi (d. h. das röm. Recht) infames appellant; hob jedoch die Infamie der das Trauerjahr verletzenden Wittwe auf. Authentiken von Friedrich I. u. II. führten noch eine Reihe neuer Fälle von Infamie ein, z. B. wer einen Scholaren beleidigte, sollte infam sein, ferner ebenso, wer das Ackergeräthe oder Vieh, oder gar den Landmann selbst auf dem Felde beschädigte. Darauf stützen Einige[15]) die Ansicht, dass noch jetzt die römische Infamie gelte. Andere[16]) bemerken dagegen, dass die Hauptwirkungen der römischen Infamie dem nicht recipirten römischen ius publicum angehörten, und sie sagen desshalb, es gelte vielmehr das germanische Institut der Ehrlosigkeit. Das Richtige ist: Schon im justinianischen Rechte ist von der practischen eigenthümlichen Bedeutung der Infamie nur noch die Beschränkung der Fähigkeit, vor Gericht für andere postulirend aufzutreten, übrig geblieben. Und auch dieser Rest ist nicht auf unsere Zeit übergegangen, indem bei uns die Advocatur und Procuratur in ganz anderer Weise wie bei den Römern organisirt ist. Die römische Infamie wurde von den Glossatoren nicht in ihrer römischen Eigenthümlichkeit erkannt; man

14) §. 107. — 15) So Marezoll, Vangerow, Wächter. — 16) So Savigny und Puchta.

hielt sie im Mittelalter für gleichbedeutend mit der Ehrlosigkeit des deutschen Rechts. Das römische Institut der Infamie hat sich in Folge dessen mit der deutschrechtlichen Ehrlosigkeit zu einem neuen Institute vereinigt, welches man als Infamie oder Ehrlosigkeit bezeichnet[17].

VII. Uebrigens ist jetzt die ganze römische Lehre von der Infamie durch §. 31 ff. des deutschen Strafgesetzbuchs auch für das gemeine Civilrecht antiquirt. Im Privatrecht bleiben jetzt nur noch als Folgen des bürgerlichen Ehrverlustes, nach Art. 34. des Strafgesetzbuchs Nr. 5. und 6., die Ausschliessung von Zeugenschaft bei Aufnahme von Urkunden und die Ausschliessung von der Vormundschaft bestehen.

§. 53. Der Einfluss der Standesverhältnisse auf die Privat-Rechtsfähigkeit.

Im Allgemeinen ist der Stand, dem Jemand angehört, ohne Einfluss auf seine Rechtsfähigkeit. Nur für Geistliche, Soldaten, rustici, Kaufleute und personae illustres (aber diesen Beamtenadel der späteren Kaiserzeit gibt es nicht mehr) gelten einige besondere Bestimmungen.

§. 54. Die Religion[1].

Die christlichen Kaiser begünstigten die Christen in manchen Beziehungen; Theodosius und spätere Kaiser bestraften gewisse Arten von damaligen Häresien und die Apostasie; im Mittelalter war nur die katholische Kirche als legitim anerkannt; wer sich nicht aus der Excommunication löste, verfiel in die Reichsacht, und wer zuerst in die Reichsacht verfiel und sich nicht daraus löste, verfiel auch in die Excommunication; bei der Glaubenstrennung erhielten zuerst nur die katholischen und protestantischen Reichsstände durch den Passauer Vertrag von 1552 und den Augsburger Religionsfrieden von 1555 Religionsfreiheit. Durch den westphälischen Frieden erlangten nur die katholischen, lutherischen und reformirten Unterthanen Schutz in ihrer Religion, welche sich

17) Diese Ansicht vertreten u. A. auch Arndts, Pand. §. 33. und von den deutschen Privatrechtslehrern: Mittermaier, Deutsches Privatrecht §. 101.; Beseler, Syst. des deutschen Privatrechts. I. §. 62.; Renaud in seinen mündlichen Vorträgen.

§. 54. 1) Theod. Cod. lib. 16. tit. 1. tit. 5—11; Sirmondi const. (§. 28. nr. 9.); Iust. Cod. I. 5. de haereticis et Manichaeis et Samaritis; I. 7. de apostatis; I. 9. de Iudaeis et caelicolis; I. 11. de paganis; Nov. 109. Nov. 132. cf. Auth. *Item* und *Credentes*; X. de haeret. V. 7.; in VIto V. 2.; Clem. V. 3.; X. de apostat. V. 9; de Iudaeis V. 7.

auf das Normaljahr berufen konnten, d. h. im Laufe des Jahres 1624 an dem betreffenden Orte Religionsübung gehabt hatten. Erst allmählich milderte sich seit dem 18. Jahrhundert durch Landesgesetze die Stellung der Unterthanen, welche nicht zur Religion des Landesherrn gehörten. Die Rheinbundsacte v. J. 1806 und die Beitrittsurkunden zu derselben gewährten den Bekennern der drei christlichen Confessionen gleiche bürgerliche und politische Rechte. Dasselbe bestimmte der Artikel 16 der deutschen Bundesacte v. J. 1815, welcher zugleich die, indessen durch den deutschen Bund nicht erfolgte, „bürgerliche Verbesserung der Bekenner des jüdischen Glaubens" in Aussicht stellte. Neuere Landesgesetze haben vielfach die mittelalterlichen Beschränkungen der Juden aufgehoben. Das norddeutsche Bundesgesetz vom 3. Juli 1869, welches jetzt als Gesetz für das neue deutsche Reich gilt, erklärte alle noch bestehenden, aus der Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses hergeleiteten Beschränkungen der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte für aufgehoben.

§. 55. Das Geschlecht[1]).

Dieses ist im Ganzen ohne Einfluss, nur in einigen Beziehungen gilt noch jetzt ein ius singulare für die Weiber (Entschuldigung wegen Rechtsirrthum, exceptio SC. Velleiani gegen übernommene Bürgschaften, Ausschluss vom Solennitätszeugniss, von der väterlichen Gewalt und regelmässig auch von der Vormundschaft). Im alten Rechte aber sollten die Weiber stets entweder in der potestas ihres Vaters oder in der manus ihres Ehemannes oder unter der legitima tutela ihres nächsten männlichen Agnaten stehen. Ohne ihren Tutor konnte auch die femina sui iuris (mater familias) gewisse negotia civilia nicht eingehen, namentlich keinerlei Disposition über ihr Vermögen inter vivos oder mortis causa treffen[2]). Der Regel nach sind aber die Frauen jetzt nur noch in der Ausübung öffentlicher Rechte beschränkt[3]), jedoch nicht auch in privatrechtlichen Geschäften.

Hermaphroditen (Zwitter) sind dem Geschlechte zuzuzählen, das bei ihnen vorwiegt[4]). Scheinen beide Geschlechter gleich ausgebildet, so hat die Person selbst, wenn sie zu den Jahren der Selbstbestimmung gekommen ist, ein für allemal zu entscheiden, welchem Geschlechte sie angehören will[5]).

§. 55. 1) L. 8. l. 10. Dig. de statu hominum I. 5. — 2) S. u. §. 244. — 3) Daraus entspringt auch die Unfähigkeit zur Uebernahme der Vormundschaft. — 4) Vgl. l. 10. de statu hom. I. 5; l. 15. §. 1. de test. XXII. 5; l. 6. §. 2. de lib. XXVIII. 2. — 5) Ulp. l. 10. h. t.

§. 56. Von den Altersstufen[1]).

I. *Infantia* (Kindheit) ist der Zustand der völligen Handlungsunfähigkeit des Kindes (qui fari nequit, d. h. nicht mit Zusammenhang und Ueberlegung reden kann). Es nahmen viele römische Juristen kein bestimmtes Lebensjahr als Grenze der infantia an[2]). Andere nahmen nach dem Vorgang griechischer Philosophen das achte Lebensjahr dafür an[3]). Kaiserliche Constitutionen setzten aber das vollendete siebente Lebensjahr als Grenze der infantia fest[4]). Der infans kann kein Rechtsgeschäft abschliessen und kein Delict begehen.

II. Die infantia maiores bleiben als Knaben bis zum vollendeten 14. Jahre, oder als Mädchen bis zum 12. Lebensjahre *impuberes*, resp. *viri non potentes* (geschlechtsunreif). Bei dem Knaben pflegte man diesen Eintritt in's Jünglingsalter ursprünglich damit zu bezeichnen, dass er die *toga praetexta* (das Kleid mit Purpursaum) mit der toga virilis vertauschte, und zwar geschah dieses öffentlich und feierlich am nächsten Feste der Liberalien (17. März)[5]) nach dem zurückgelegten 14. Jahre. Zu Anfang der Kaiserzeit erlag die alte römische toga der Mode, und man trug jetzt häufig einen engen Rock (paenula), der früher mehr nur als Reisekleid diente. Damit war das äussere Kennzeichen der Pubertät weggefallen, und der Anfang derselben musste nun selbstständig festgestellt und an eigene Bedingungen geknüpft werden. Die Sabinianer wollten nun bei Knaben eine körperliche Untersuchung der Zeugungsfähigkeit eintreten lassen, um darnach die Pubertät zu bestimmen. Nach den Proculianern sollten Knaben mit dem vollendeten 14. Lebensjahre überhaupt puberes sein. Eine dritte Meinung stellte hinwiederum Priscus Iavolenus auf: er verlangte zur Pubertät eines jungen Mannes vollendetes 14. Lebensjahr und Reife zum Geschlechtsumgang[6]). Im späteren röm. Recht wurde aber allgemein die Meinung der Proculianer recipirt.

Die impuberes haben noch keine vollständige Handlungsfähigkeit, sie können durch Rechtsgeschäfte wohl etwas erwerben, aber sie bedürfen zur Eingehung von Verpflichtungen, wenn sie auch sui iuris sind, der Ergänzung ihrer unvollständigen Persönlichkeit durch die

§. 56. 1) Vgl. Keller, Grundriss zu Vorles. über Instit. §. 19. S. 16 ff. — 2) L. 65. §. 3. ad SC. Treb. XXXVI. 1; l. 30. §. 1. 2. 4. de fideicomm. libert. XL. 5; l. 70. de V. O. XLV. 1; l. 50. de R. I. — 3) Quintil. Inst. orator. I. 1; Macrob. I. 6; Isidor. Origin. XI. 10; l. 14. de sponsal. XXIII. 1; l. 1. §. 2. de administr. tut. XXVI. 7. — 4) l. 18. Cod. Theod. de bonis mat. VIII. 18; l. 18. C. de iure de lib. VI. 30. — 5) Cf. Ovid. Fast. III. 771—78. — 6) Ulp. XI. 28.

auctoritas des Tutors. Auch kann der impubes nicht heirathen und kein Testament machen. Ob er bereits ein Delict begehen kann, muss im einzelnen Falle mit Rücksicht auf das Maass der Entwickelung seiner Geisteskräfte vom Richter entschieden werden.

III. Mit dem vollendeten 25. Lebensjahre hört man auf, ein minor (Minderjähriger) zu sein und wird nun grossjährig, maior (viginti quinque annis)[7]; der maior hat keinen Anspruch mehr auf ein singuläres Recht. Die minores bedürfen in gewissen Fällen des Consenses eines Curators[8]. Auch wird den minores regelmässig eine in integrum restitutio[9] gegen Verletzungen gewährt, die sie durch vorgenommene oder unterlassene Rechtsgeschäfte erlitten haben. Ein Minderjähriger von wenigstens 20 Jahren und eine Minderjährige von wenigstens 18 Jahren kann durch Erlass des Regenten für grossjährig erklärt werden (venia aetatis); der grossjährig Erklärte bedarf zur Veräusserung von Immobilien zwar noch immer des obrigkeitlichen Consenses[10], wie ein minor, jedoch gilt er im Uebrigen wie ein maior und kann sich nur etwa gegen die erlangte venia aetatis selbst, wenn diese ihm Schaden brachte, in integrum restituiren lassen, nicht aber auch gegen die während erlangter venia aetatis erlittenen Benachtheiligungen, es sei denn, dass ein Grund vorläge, aus dem auch ein maior sich in integrum restituiren lassen kann[11].

IV. *Infantiae proximus* ist das Kind, welches zwar schon über die Jahre der infantia hinaus ist, dessen Geisteskräfte aber noch so unentwickelt sind, dass der Richter es deshalb wie einen infans behandelt.

V. *Pubertati proximus* ist derjenige, welcher zwar noch nicht das Alter der Pubertät erreicht hat, dessen Geisteskräfte aber schon so entwickelt sind, dass ihn der Richter deshalb wie einen pubes behandelt.

VI. *Pubertas plena* ist das Alter von 18 Jahren beim Manne und von 14 beim Mädchen. Der pater adoptans soll um eine pubertas plena älter sein als der zu Adoptirende, und wenn Jemandem Alimente bis zur Pubertät legirt sind, soll das Legat bis zur erreichten plena pubertas gelten.

7) Durch deutsches Reichsgesetz vom 17. Febr. 1875 (Reichsges. Bl. Nr. 8.), welches mit dem 1. Jan. 1876 in Kraft tritt, ist nunmehr für den ganzen Umfang des Reiches der Anfang der Grossjährigkeit auf das vollendete 21. Lebensjahr festgesetzt.

8) §. 245. nr. II. — 9) §. 134. — 10) l. 3. C. de his qui ven. II. 45. — 11) Cod. II. 45. De his qui veniam aetatis impetraverunt; s. §. 134.

§. 57. Von der Gesundheit.

I. Eine rechtliche Bedeutung hat nur der *morbus sonticus*, d. h. die Krankheit (= temporalis imbecillitas), welche an der Vornahme eines Rechtsgeschäftes hindert. (Morbus maior oder comitialis hiess die Epilepsie, weil die Volksversammlung aufgehoben wurde, wenn Jemand darin von dieser Krankheit befallen wurde.)

II. Ausserdem heben die Römer als *vitia* (= perpetua impedimenta) diejenigen körperlichen Gebrechen hervor, welche wie Taubheit, Stummheit, Blindheit und der Zustand des Castraten ein Hinderniss in Bezug auf manche Rechtsgeschäfte bilden.

Zur Vertretung dauernd kranker oder gebrechlicher Personen bei Rechtsgeschäften werden unter Umständen Stellvertreter, curatores debilium personarum[1]), bestellt.

III. Geisteskranke *(furiosi, dementes)* sind vollständig handlungsunfähig; für sie handelt ihr Curator[2]). Hat ein Wahnsinniger lichte Zwischenräume (dilucida intervalla), so kann er während dieser selbstständig handeln. Zu unterscheiden von dem Geisteskranken ist der bloss Geistesschwache (fatuus, mente captus), d. h. der, dessen Geisteskräfte unentwickelt sind.

IV. *Prodigi*, d. h. gerichtlich erklärte Verschwender (quibus bonis interdictum est), sind in ihrer Handlungsfähigkeit nur insofern beschränkt, als sie keine Verpflichtungen übernehmen können ohne Consens des Curators und auch kein Testament machen können[3]). Verbrechen werden den prodigis natürlich stets zugerechnet.

§. 58. Herkunft und Wohnsitz[1]).

I. Bei den Römern hatte jeder Bürger eine doppelte *origo* (Herkunft, Heimath): 1) die (jetzt weggefallene) origo generalis zu Rom, der communis omnium patria, d. h. jeder röm. Bürger konnte, wenn er sich nur vorübergehend in Rom aufhielt, dennoch vor den dortigen Gerichten belangt werden; 2) die origo specialis an dem Orte, wo der Vater oder die uneheliche Mutter bei der Geburt des Kindes die Civität hatte, und der Freigelassene an dem Orte, wo er frei gelassen war. Nach heutigem deutschen Gewohnheitsrecht bildet das domicilium der Eltern bei der Geburt des Kindes den Ort der Herkunft desselben.

§. 57. 1) §. 245. nr. IV. — 2) §. 245. nr. I. — 3) §. 245. nr. I.

§. 58. 1) Dig. L. 1. ad municipalem et de incolis; Cod. X. 38. de municipiis et originariis; X. 39. de incolis et ubi quis domicilium habere videtur, et de his qui studiorum causa in alia provincia degunt.

II. *Domicil*, Wohnsitz, ist der Ort, an welchem Jemand den eigentlichen Mittelpunkt seiner bürgerlichen und häuslichen Wirksamkeit hat. Sein Domicil kann heutzutage Jemand auch an einem Orte haben[2]), wo er nicht die Staatsangehörigkeit (das Indigenat) besitzt. Das Domicil beruht entweder auf freier Wahl *(domicilium voluntarium)*, oder ist dem Betreffenden durch Gesetz angewiesen *(domic. necessarium)*, wie z. B. den Beamten und der Ehefrau. Es ist nicht nothwendig, dass man den grössten Theil des Jahres an dem Orte zubringt; es muss nur mit hinreichender Sicherheit der Wille, an dem betreffenden Orte sein Domicil haben zu wollen, feststehen.

§. 59. Eheliche und uneheliche Geburt.

I. Als *eheliches* Kind gilt nach der Berechnung des Hippokrates das Kind, wenn es geboren wird, nachdem die Ehe entweder wenigstens seit 6 Monaten eingegangen, oder höchstens seit 10 Monaten aufgelöst ist. In diesem Falle gilt nämlich die Präsumtion: pater est, quem nuptiae demonstrant, d. h. der Ehemann gilt als der Vater des Kindes[1]).

II. Unter den unehelichen Kindern unterschied man 1) die *liberi naturales*, d. h. die in dem Concubinate (welchen die lex Iulia et Papia Poppaea den nicht Verheiratheten vorschrieb) erzeugten Kinder[2]). Das can. Recht und deutsche Reichsgesetze hoben diesen Concubinat auf, und jetzt nennt man liberi naturales die von ledigen, nicht mit einander verwandten Personen gezeugten, vom Vater anerkannten, unehelichen Kinder. 2) *Spurii* heissen die gewöhnlichen unehelichen Kinder, bei denen kein besonderes Verhältniss in Frage kommt, d. h. also die nicht naturales und auch nicht 3) *incestuosi* (d. h. in Blutschande erzeugt) und auch nicht 4) *adulterini* (d. h. im Ehebruche erzeugt) und auch nicht 5) *vulgo quaesiti*, d. h. von einer Hure geboren sind, wo der Vater ungewiss ist.

§. 60. Die Verwandtschaft[1]).

Ulp. XI. 4: Agnati sunt cognati a patre per virilem sexum descendentes eiusdem familiae.

I. Diese ist das Verhältniss zwischen zwei Personen, welche entweder von einander (Ascendenten und Descendenten, linea directa),

2) L. 7. C. de inc. L. 1.

§. 59. 1) L. 5. de in ius voc. II. 4; l. 12. de stat. hom. I. 5; l. 3. §. 12. de suis et leg. her. XXXVIII. 16. — 2) §. 220. nr. IV.

§. 60. 1) Dig. XXXIII. 10. de gradibus et affinibus et nominibus eorum; Inst. III. 6. de gradibus cognatorum.

oder beide gemeinsam von einem Dritten abstammen (Collateralen, linea transversa).

II. Bei den Römern unterschied man die *cognatio civilis* oder *agnatio*[2]), und die *cognatio naturalis* oder *cognatio* schlechthin. Die letztere, die eigentliche Blutsverwandtschaft, hatte anfangs, ausser im Eherecht, fast gar keine rechtliche Wirkungen, ist aber im justinianischen Rechte der Agnation an Wirkung gleichgestellt. Die Agnation beruhte wesentlich auf der civilrechtlichen Familienangehörigkeit und wurde daher auch nur durch Abstammung von männlicher Seite vermittelt. Die cognatio naturalis umfasste dagegen jedwede Bluts-Verwandtschaft, auch die von weiblicher Seite. Die unehelichen Kinder hatten nur Verwandte von mütterlicher Seite und daher keine Agnaten, und nach römischem Rechte überhaupt keine eigentlichen väterlichen Verwandten. Die Agnation konnte aber ausser durch Zeugung in iustis nuptiis auch durch arrogatio, adoptio und in manum conventio entstehen.

III. Bei den Römern berechnete man die Grade der Verwandtschaft nach der Zahl der Zeugungen (quot generationes, tot gradus); das canonische Recht führte aber die germanische Zählung nach Parentelen ein, d. h. diejenigen, welche dieselben Eltern haben, sind im ersten Grade verwandt, und diejenigen, deren Eltern im ersten Grade verwandt sind, sind miteinander im zweiten Grade verwandt u. s. w. Danach verändert sich gegen das römische Recht die Gradberechnung in der Seitenlinie, indem man nach canonischem Rechte nur die Zahl der Zeugungen auf einer Seite und, wenn die eine Linie länger ist, als die andere, nur auf der längeren die Grade zählt, um die Grade zwischen zwei Seitenverwandten zu bestimmen.

IV. Vollbürtige Geschwister sind diejenigen, welche beide Eltern gemeinsam haben *(germani)*. Halbbürtige Geschwister sind solche, welche entweder denselben Vater, aber verschiedene Mütter haben (*consanguinei* im engeren heutigen Sinne; bei den Römern hiessen auch die vollbürtigen Geschwister consanguinei), oder welche bloss die Mutter gemeinsam haben *(uterini)*. Die Kinder vollbürtiger Geschwister heissen vollbürtige Neffen und Nichten; die Kinder halbbürtiger Geschwister heissen halbbürtige Neffen und Nichten.

V. Es kann auch eine doppelte Verwandtschaft mit Jemanden vorkommen, nämlich wenn leibliche und Adoptiv-Verwandtschaft zusammentreffen, oder wenn zwei mit einander verwandte Personen oder zwei gemeinsam mit einer dritten Person Verwandte sich heirathen und Kinder zeugen. Auf diese Weise kann (in den beiden ersten

2) S. o. §. 42. S. 88.

Fällen bei der successio in stirpes)[3]) ein doppeltes Erbrecht begründet werden.

§. 61. Die Schwägerschaft (affinitas)[1]).

Diese ist nach röm. Recht das Verhältniss des einen Ehegatten zu den Verwandten des anderen (Affines = ad fines cognationis accedunt). (Im Verhältniss zu den Ascendenten des anderen Gatten Schwieger-Verwandtschaft, im Verhältniss zu den Descendenten, die der andere Gatte aus einer früheren Ehe hat, Stief-Verwandtschaft, im Verhältniss zu den Seitenverwandten des anderen Ehegatten Schwägerschaft im engeren Sinne genannt.) Nach römischem Rechte gab es keine Grade der Schwägerschaft, und diese endete mit der Ehe selbst; nach canonischem Rechte rechnet man Grade der Schwägerschaft, so dass der eine Ehegatte mit Jemandem in demselben Grade verschwägert ist, in welchem der andere Ehegatte mit diesem verwandt ist. Ferner ist nach canonischem Rechte die Quelle der Schwägerschaft die Geschlechtsvereinigung, die unter Ehegatten präsumirt wird. Es dauert daher die Schwägerschaft des einen Concumbenten mit den Verwandten des andern Concumbenten beständig fort, und es kann die Schwägerschaft nun auch durch aussereheliches Beischlaf entstehen (affinitas illegitima).

§. 62. Von den juristischen oder moralischen Personen[1]).

I. Juristische Person ist diejenige, bei welcher etwas Anderes als ein einzelner physischer Mensch als Träger der Persönlichkeit

3) S. §. 254. nr. II.

§. 61. 1) Modestin. l. 4. §. 3—5. Dig. de gradib. et affinib. XXXVIII. 10.

§. 62. 1) Dig. III. 4. Quod cuiuscunque universit. nomine vel contra eam agatur; XLVII. 22. De collegiis et corporibus; L. 1. Ad municipalem et de incolis; Cod. XI. 29. De iure reipublicae; XI. 14. De privilegiis corporatorum; Dig. XLIX. 14. Cod. Theodos. et Iustin. X. 1. De iure fisci; cf. Pauli. S. R. V. 12. Fragm. de iure fisci; Cod. I. 2. De sacrosanctis ecclesiis et de rebus et privilegiis earum; Cod. I. 3. De episcopis et clericis et orphanotrophis et xenodochis et brephotrophis et ptochotrophis etc. — Savigny, Syst. II. 85—102; Puchta in den Krit. Jahrb. IV. 701 ff.; Pfeiffer, Die Lehre von den jur. Pers. nach gem. u. württ. R. Tübingen 1847; Uhrig, Abh. über die jur. Pers. nach dem gem. u. dem bes. R. im Königreich Bayern. Dillingen 1854; Unger, System des österr. Privatr. I. §. 42—44; Roth, Ueber Stiftungen in Gerber und Jhering's Jahrbuch für Dogmatik. I. S. 189 ff.; Keller, Pand. §. 34 ff.; Bekker, Zur Lehre von Zweckvermögen, in den Jahrb. für Dogm. 12. Heft. 1872; E. Zitelmann, Begriff und Wesen der sog. jurist. Personen. Leipz. 1873; Böhlau, Rechtssubjekt u. Personenrolle. Weimar 1871; Gierke in Holtzendorff's Encycl. Bd. 2. Art. „Aktiengesellschaft", „Corporation", „Genossenschaften"; Ders., Das deutsche Genossenschaftsrecht. 2 Bde. Berlin 1868. 1873; Wilkens, Der jurist. Charakter der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften. Mannheim 1873.

erscheint[2]). Die juristische Persönlichkeit erstreckt sich (im Privatrechte) übrigens stets nur auf die Vermögensfähigkeit, und auch diese ist nicht allen juristischen Personen in gleichem Umfange verliehen, namentlich haben bei Weitem nicht alle juristischen Personen ein Erbrecht, und den Besitz bei juristischen Personen zu fingiren, nahmen die Römer sehr lange Anstand[3]). Delicte kann eine juristische Person als solche nicht begehen, weil die Staatsgewalt ihr in dieser Beziehung keine Persönlichkeit zuerkannt hat, und weil die Persönlichkeit der juristischen Person nur so weit reicht, als ihr Zweck es mit sich bringt, und dieser Zweck auf das Gebiet des activen und passiven Vermögenserwerbes beschränkt ist.

Neuere Schriftsteller behaupten, der Begriff einer juristischen Person sei dem röm. R. fremd; man müsse danach vielmehr die Möglichkeit eines subjektlosen Vermögens, eines Zweckvermögens für Gemeinwesen, Gemeinzwecke, Sonderzwecke, ohne irgend welche Personification annehmen. So namentlich Brinz, Lehrb. d. Pandekten. 2. Abth. 2. Hälfte. 1868. S. 975—1150. 2. Aufl. §. 59 ff., und ähnlich Köppen, Demelius, Bekker, Randa. Gegen Köppen und Demelius vgl. Vering in den Heidelberger Jahrbüchern der Literatur 1857. Nr. 44 f. S. 673—91; 1859 Nr. 43. S. 684—88. und Arndts, Verm. Schrift. Bd. I. S. 16 ff. Der Irrthum, von dem jene Schriftsteller ausgehen, ist der, dass sie Mensch und Person als gleichbedeutend nehmen. (Vgl. dagegen oben §. 38.) Betrachten wir den einzelnen Menschen als Persönlichkeit, so sehen wir hier freilich einen unmittelbar durch die Natur gegebenen Repräsentanten der Persönlichkeit, eine natürliche Person. Betrachten wir dagegen eine Gemeinde, oder die „abgehetzte" hereditas iacens (s. u. §. 247.), oder eine kirchliche und Wohlthätigkeits-Anstalt als juristische Persönlichkeit, so thun wir dieses, weil wir ein Rechtssubjekt finden, d. h. einen Träger von obligatorischen Verhältnissen, einen Gläubiger, einen Eigenthümer, ganz verschieden von den einzelnen leibhaftig herumwandelnden Bürgern, den eigentlich oder vielleicht überhaupt Niemand mit seinen leiblichen Augen sehen kann, der aber doch ein dem juristischen Verstande erkennbares Dasein besitzt, also ein unkörperliches nur im Begriffe zu erfassendes Wesen ist. (Vgl. auch Theophil. ad pr. Inst. III. 17.) Will man hier das Rechtssubjekt läugnen, weil man es nicht mit dem leiblichen Auge sieht, so könnte man ebenso gut die Existenz des Rechtes läugnen, das ja auch mit dem leiblichen Auge nicht wahrgenommen werden kann. Es gibt unter den natürlichen Personen erhebliche Verschiedenheiten, ebenso auch zwischen jenen und den juristischen Personen und auch unter den letzteren selbst. Eine Rechtsfähigkeit, sei es in einem grösseren oder geringeren Umfange, je nach den Zwecken, die die betreffende Person erhalten soll und kann, ist und bleibt aber überall als das Kennzeichen und Wesen einer Person vorhanden. Auch trugen die Römer selbst kein Bedenken, die vermöge der juristischen Vorstellung als Personen erkannten unkörperlichen Wesen wirklich als Personen zu bezeichnen (— so heisst es z. B. „personam coloniae" bei Frontinus in

2) S. §. 38. — 3) §. 197. nr. II.

Lachmann's Schriften der röm. Feldmesser —), oder indem sie von der natürlichen Vorstellung des einzelnen Menschen als Rechtssubjekt ausgehen, von der juristischen Person an unzähligen Stellen zu sagen: „*vice* personae fungitur." (Vgl. u. §. 247.) Bei einer juristischen Person wird nicht etwas in Wirklichkeit nicht Vorhandenes als vorhanden fingirt, sondern wird nur etwas thatsächlich Vorhandenes, mit einer Art von Nothwendigkeit so im Rechtsleben Vorhandenes unter seinen juristischen Begriff gebracht, in seiner eigentlichen juristischen Natur aufgefasst und bezeichnet. Die Bezeichnung „fingirte Person" ist daher, um Missverständnisse auszuschliessen, besser zu vermeiden. Denn wenn man die juristische Person vermöge einer Fiction darin der natürlichen gleichstellen wollte, dass sie überhaupt als ein Mensch gelten sollte, dann würde man etwas nicht bloss naturgeschichtlich, sondern auch juristisch Unmögliches erzeugen wollen.

II. Zur Handlungsfähigkeit der juristischen Person bedarf es eines Vertreters, und dieser kann ein- für allemal statutengemäss bestimmt sein (Syndicus), oder auch für den einzelnen Fall bestellt worden sein. Der Vertreter haftet, wenn er auch nur als Ehrenamt die Vorstandschaft bekleidet, für omnis culpa[4]), und wenn ihrer mehrere sind, haftet jeder solidarisch. Für Stiftungen und andere Vermögensgesammtheiten, welche die Träger einer juristischen Persönlichkeit bilden (*† universitates bonorum)*, muss immer ein ständiger Vertreter da sein; bildet aber das Substrat der juristischen Person eine Mehrheit einzelner physischer Personen (Corporation, universitas, † *universitas personarum*, *collegium*, *corpus*), so kann auch der jedesmalige Wille der juristischen Person durch Beschluss der absoluten, d. h. mehr als die Hälfte betragenden Majorität der nach vorheriger gehöriger Berufung Aller zur Generalversammlung Erschienenen festgestellt werden (universitas non ordinata). Von einer blossen Gesellschaft unterscheidet sich die Corporation dadurch, dass mit dem Wechsel der seitherigen Mitglieder und mit dem Eintritt neuer Mitglieder zwar wohl die societas, aber nicht auch die Corporation geändert wird, dass die Mitglieder der Corporation nicht wie socii in einem Rechtsverhältniss unter einander stehen, und dass die Rechte und Pflichten der Mitglieder der Corporation als solcher angehören, nicht wie bei der societas solche der einzelnen Mitglieder sind.

L. 7. §. 1. h. t.: „Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent."

Allerdings haben sich heutzutage auch mitunter Gesellschaften (Handelsgesellschaften, sog. Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, wissenschaftliche und gesellige Vereine) eine Art corporativer Verfassung gegeben und soweit dieses durch Vertrag mög-

4) §. 94.

lich ist, einzelne Abweichungen von den gewöhnlichen Grundsätzen des Gesellschaftsverhältnisses begründet. Auch sind durch Gewohnheit oder neuere Gesetze einzelne Abweichungen vom gewöhnlichen Gesellschaftsverhältnisse bei gewissen Gesellschaften bestimmt, ohne ihnen vollständig Corporationsrechte zu verleihen. So ist bei den Handelsgesellschaften eine gewisse Selbstständigkeit des Gesellschaftsvermögens nach dem deutschen Handelsgesetzbuch zugelassen, ohne sie für Corporationen zu erklären. Aber eine Gesellschaft bleibt doch immer eine blosse Gesellschaft, wenn nicht durch ein Gesetz unter gewissen Voraussetzungen eine generelle Anerkennung der juristischen Persönlichkeit, der sog. Corporationsrechte (wie nach dem Norddeutschen Bundesgesetze oder jetzigen deutschen Reichsgesetze vom 11. Juni 1870 für alle Actiengesellschaften unter Voraussetzung der in Folge der Eintragung in die Handelsgerichtsbücher [Handelsregister] erfolgten Publicität), oder eine specielle Verleihung der Corporationsrechte von Seiten der Staatsgewalt ausgesprochen ist. Und bei allen Gesellschaften und Vereinen, die keine Corporationsrechte haben, bleiben, soweit nicht ausdrücklich durch gültigen Vertrag oder Gewohnheit oder Gesetz einzelne Abweichungen vom gewöhnlichen Gesellschaftsverhältnisse begründet sind, alle Rechtsgrundsätze der societas in Kraft, und treffen namentlich die Schulden stets direct die Mitglieder, während bei der Corporation nur die Corporation als solche haftet, und die Mitglieder derselben höchstens als Bürgen oder etwa für den Fall haften, dass die Gesammtheit durch Auflösung in die Mitglieder auseinanderfällt[5]).

III. Die juristische Person **entsteht** 1) dadurch, dass eine lex generalis an die Entstehung gewisser Gesellschaften, bei deren **Entstehung** aber mindestens drei physische Personen vorhanden sein müssen (tres faciunt collegium), oder an den Bestand von Fonds für gewisse Zwecke ohne Weiteres die Existenz einer juristischen Person geknüpft hat.

2) Soll sonst eine juristische Persönlichkeit zur Existenz gelangen, ohne dass schon eine lex generalis besteht, in Folge deren sie ohne Weiteres unter gewissen Voraussetzungen eintritt, so bedarf es erst der speciellen Verleihung der Persönlichkeit durch den Regenten. (Eine förmliche lex specialis wird in unseren constitutionellen Staaten nicht gefordert). In der bloss polizeilichen Genehmigung liegt aber noch keine Ertheilung der juristischen Persönlichkeit.

5) Das erstere ist in einem sächsischen Gesetze, das letztere im Reichsgesetze vom 4. Juli 1868 bestimmt. Vgl. **Bruns** in von **Holtzendorff's** Encyclopädie. 2. Aufl. S. 337.

IV. Auf einer lex generalis beruhte schon nach römischem Rechte:

1) die juristische Persönlichkeit des Staates *(aerarium populi)*, dem unter Augustus der *fiscus Caesaris*, die Kasse zur Privatverwendung von Seiten des Kaisers nebst dem besonderen *aerarium militare* zur Seite trat, von welchem fiscus allmählich, völlig seit Caracalla, das aerarium populi verschlungen wurde, so dass das aerarium populi nur noch die Stadtkasse von Rom war, und von dem Fiscus nur noch das Privatvermögen des Kaisers und der Kaiserin unterschieden wurde, auf welches jedoch die mancherlei je an ihrer Stelle zu erwähnenden Vorzüge des Fiscus übertragen wurden; wobei nach der stricten Auslegung der Privilegien[6]) sich von selbst versteht, dass im Zweifel, ob und inwieweit der Fiscus privilegirt sei, kein Privileg desselben anzunehmen ist, was *Modestinus*[7]) mit folgenden Worten ausdrückt: „Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit", ein Satz, den die Praxis gewöhnlich dahin verstand, dass in dubio überhaupt contra fiscum zu sprechen sei.

Die juristische Persönlichkeit des Fiscus ist die des Staates, also die einer universitas personarum, nicht, wie Windscheid, Pand. §. 57. nr. 3. meint, die Personification eines Vermögensinbegriffes. Ebenso ist das protestantische Kirchenvermögen als das einer universitas personarum anzusehen, während nach den Grundsätzen der katholischen Kirchenverfassung das für die Cultus-, Unterrichts- und Wohlthätigkeitszwecke der katholischen Kirche bestimmte Vermögen selbst das Substrat der juristischen Persönlichkeit der Kirche bildet.

2) So ist auch bei den Römern durch lex generalis anerkannt die juristische Persönlichkeit zwar nicht ohne Weiteres aller erlaubten Vereine[8]), wohl aber die der Stadtgemeinden (civitates, coloniae, municipia), gewisser Zünfte und Genossenschaften[9]) (des collegium decurionum, der societas publicanorum, soc. aurifodinarum oder argentifodinarum, sowie auch der Begräbnissgesellschaften, als welche sich daher die Christen mit dem Bischof als Vorstand in die öffentlichen Register eintrugen)[10]).

3) Ferner gewährte Constantin durch lex generalis den Kirchen und den milden oder Wohlthätigkeitsstiftungen (pia corpora)

6) S. o. §. 36. nr. IV. — 7) L. 10. D. de iure fisci XLIX. 14. — 8) Wie z. B. Arndts, Pand. §. 44. Anm. 4., Windscheid, §. 60. Anm. 2. arg. l. 20. de reb. dub. XXXIV. 5; l. 1. pr. de colleg. XLVII. 22. annehmen (Stellen, die sich aus dem favor testamenti erklären, s. u. §. 277. nr. I.). Vgl. dagegen aber l. 1. h. t. III. 4; l. 3. §. 1. de colleg. XLVII. 22. — 9) Mommsen, De collegiis et sodalitatibus Rom. Kiliae 1843. Cohn, Zum Röm. Vereinsrecht, Abhandlungen aus der Rechtsgesch. Berlin 1873. — 10) Mommsen, l. c. pag. 87 sqq., Kraus, Roma sotteranea. Freiburg 1872. Buch I. Cap. 3. S. 49 ff.

die juristische Persönlichkeit. Andere als fromme Stiftungen kannten die Römer noch nicht, z. B. keine Familienstiftungen etc. Nach just. und canon. Rechte[11]) sollten alle Verfügungen ad pias causas als der Kirche, d. h. dem Bischof der betreffenden Gegend hinterlassen gelten; was aber seit der Glaubenstrennung durch Particular-Gesetze und Gewohnheitsrecht sich dahin geändert hat, dass für pia corpora erst eine besondere Verleihung der juristischen Persönlichkeit durch den Regenten erfolgen muss, so dass nun die pia corpora nicht bloss als kirchliche, sondern auch als Staats- oder als Privatanstalten vorkommen können.

V. Eine juristische Person kann aufgehoben werden 1) dadurch, dass ihr die Staatsgewalt die jurist. Persönlichkeit wieder entzieht. Jedoch darf dieses nicht geschehen, wenn dadurch wohlerworbene Rechte Einzelner gekränkt werden. Sollte die Aufhebung dennoch im allgemeinen Interesse nothwendig sein, so müssen die Interessenten entschädigt werden. 2) Eine universitas personarum kann auch durch einstimmigen Beschluss ihrer Mitglieder aufgehoben werden; dient sie aber zur Realisirung von Staats- oder Kirchenzwecken, so muss noch die Genehmigung der Staats- oder Kirchenbehörden hinzutreten. 3) Endlich erlischt eine juristische Persönlichkeit durch den Wegfall ihres Substrates, d. h., des gesammten Vermögens, oder Aussterben oder Austritt aller Mitglieder, es sei denn, dass noch ein modus bestände, wie in stiftungsgemässer Weise wieder neue Fonds oder neue Mitglieder eintreten könnten.

Löst sich eine juristische Person auf, so war entweder für diesen Fall schon in der Stiftungsurkunde eine eventuelle Bestimmung über das Vermögen getroffen, und wenn es eine Staats- oder Kirchenanstalt war, also das Vermögen schon vorher staatliches oder kirchliches peculium war, so haben jetzt die entsprechenden Behörden die Verwendung zu verwandten Zwecken anzuordnen, oder war es eine Privatcorporation, so beschliessen die Mitglieder bei der Auflösung, was mit dem Vermögen geschehen solle. Wenn aber auf keine dieser Weisen der künftige Eigenthümer des Vermögens der aufgelösten juristischen Person bestimmt ist, fällt es als bonum vacans an den fiscus.

11) L. 19. 24. 28. 46 rest. 49. Cod. de episc. I. 3; l. 34. Cod. de donat. VIII. 54; l. 26. Cod. de ss. eccl. I. 2. eine lex restituta, deren wesentlicher Inhalt in Nov. 131. c. 9. wiederholt ist. cf. Nov. 131. c. 10—15. Rosshirt in seiner Ztschr. V. 234; Roth l. c.

Kapitel V.

Begriff und Arten der Sachen.

§. 63. Res corporales und incorporales[1]).

Sache im weiteren Sinne ist jedes Ding von rechtlichem Interesse, mit Ausnahme der Person; im engeren Sinne versteht man unter Sachen nur die *res corporales* (res quae sunt)[2]), d. h. die mit dem Körper greifbaren Gegenstände (res quae tangi possunt), im Gegensatz zu den *res incorporales* (res quae non sunt, sed intelliguntur)[3]), d. h. zu den Vermögensrechten, mit Ausnahme des Eigenthums, welches, weil es vollständig das Wesen der Sache erschöpft, als res corporalis betrachtet wird.

Windscheid (Vorles.) behauptet, es gebe auch Rechte an Rechten. Dahin gehöre z. B. der ususfructus nominis, das pignus nominis. In Wirklichkeit bestehen hier aber keine Rechte an Rechten, sondern nur Rechte gegenüber der Person Jemandes, der ein bestimmtes Recht inne hat, also Rechte gegenüber der Person des Berechtigten, nicht unmittelbar an dem Rechte des Berechtigten.

§. 64. Res in patrimonio und extra patrimonium, in commercio und extra commercium[1]).

Man unterscheidet *res in patrimonio* und *res extra patrimonium*, je nachdem sie im Eigenthum Jemandes stehen oder nicht; *res in commercio* und *extra commercium*, je nachdem sie des Privateigenthums fähig sind oder nicht. Die res extra commercium und die res extra patrimonium sind sämmtlich *res nullius*, aber nicht alle res extra patrimonium sind zugleich res extra commercium. Res extra commercium sind die *res sacrae*, *religiosae*, *publicae* und *communes omnium*[2]).

§. 63. 1) Gai. II. 1—27. 196; Ulp. XXIV. 7; §. 1—10. Inst. de rerum divisione II. 1; Dig. de div. rer. I. 8. — 2) L. 1. §. 1. Dig. I. 8. — §. 1. Inst. 2, 2. — 3) Quae tangi non possunt. Dig. und Inst. eod. §. 2; Cic. Top. 5.

§. 64. 1) Holtzendorff, De rebus quarum commercium non est. Berol. 1852. — 2) Dig. XI. 7. et Cod. III. 44. de religiosis et sumtibus funerum; §. 7—10. Inst. de rer. divis. II. 1.

§. 65. Res sacrae, religiosae und sanctae[1]).

I. *Res sacrae* sind die dem Gottesdienst geweihten Sachen (res quae diis superis consecratae sunt[2]).

II. *Res religiosae* (diis manibus relictae)[3]), sind die Begräbnissplätze (auch das Grundstück, auf dem ein Sclave beerdigt ist)[4]). Ist der Leichnam Jemandes an mehreren Orten zerstückelt begraben, so ist nur der Platz ein locus religiosus, wo der Kopf begraben liegt[5]).

III. Die res sacrae und religiosae gehören auch zu den *res sanctae*[6]) oder *res divini iuris*. Zu den res sanctae gehören ausserdem aber auch diejenigen res publicae, quae in publico usu habentur, wie die Stadtthore und Stadtmauern[7]).

Die res sanctae sind nur in sofern res extra commercium, als sie zugleich entweder sacrae, religiosae oder publicae sind.

Es gibt aber auch res sanctae, welche zu keiner dieser drei Classen gehören und desshalb auch nicht extra commercium sind, wie z. B. die Gränzmauern, Hecken, Zäune zwischen den Grundstücken. Das Criterium der res sanctae besteht nämlich darin, dass ihre Verletzung besonders schwer bestraft wird (befriedete Gegenstände)[8]).

§. 66. Res publicae[1]).

I. Die *res publicae* sind die zum öffentlichen Gebrauche bestimmten Sachen des Staates, welche auch zugleich res extra commercium und sanctae sind, wie die öffentlichen Plätze, Strassen und

§. 65. 1) Wappaeus, Zur Lehre v. den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach röm. und heut. R. Göttingen 1867. — 2) Gai. II. 4. §. 8. Inst. 2, 1. — 3) Gai. ibid. — 4) L. 2. pr. de relig. XI. 7. — 5) L. 44. pr. De religiosis. XI. 7. Nach heutigem Recht stehen die res sacrae im Eigenthum der Kirchen, die res religiosae im Eigenthum der Kirchen oder der Gemeinden, sie können sogar, z. B. Erbbegräbnisse, Privateigenthum sein. — 6) Diis medioxumis dedicatae. — 7) S. folg. §. Gai. II. 8; §. 10. Inst. 2, 1; l. 11. Dig. 1. 8; l. 2. 3. Dig. 43. 6. — 8) Vgl. §. 8. Inst. de R. D. II. 1; l. 6. §. 2; l. 8. 9. §. 3. 4. D. eod. I. 8. Das moderne Verkehrswesen hat den Kreis der res sanctae, d. h. der im allgemeinen Interesse besonderen Schutzes bedürftigen Sachen beträchtlich erweitert, indem es die Beschädigung oder Zerstörung von Wohnungen, Eisenbahn- und Telegraphenanlagen, Brunnen, Wasserleitungen, Dämmen, Brücken, Feuerzeichen u. dergl. als sog. gemeingefährliche Delicte besonders schwer ahndet. Vgl. Reichsstrafgesetzbuch §. 306—330.

§. 66. 1) Kappeler, Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs. Zürich 1867; Eisele, Ueber das Rechtsverhältniss der res publicae in publico usu. Basel 1873.

Wege[2]), Häfen, Brücken, ferner die Flussufer, soweit dies die Bedürfnisse der Schifffahrt fordern, und von den Flüssen nach römischem Recht die flumina perennia, im Gegensatze zu den flumina torrentia, d. h. denjenigen, die bloss bei vielem Regen und Schnee Wasser haben; jedoch nach heutigem deutschrechtlichen Grundsatze sind flumina publica nur die schiff- und flössbaren Flüsse. Bei den Römern wurden allgemeine Popularklagen[3]) zum Schutze der Benutzung der res publicae im vorgenannten Sinne gegeben; heutzutage erfolgt dieser Schutz im Administrativwege.

II. *Res publica* bezeichnet aber bisweilen auch die Sache, quae in pecunia populi est, d. h. im Privateigenthum des Staates (fiscus) oder einer Gemeinde steht.

§. 67. Res communes omnium.

Die *res communes omnium* sind solche Sachen, die ihrer Natur nach in Niemandes Eigenthum stehen, aber doch von jedem Menschen gebraucht werden können, wie die Luftwellen, das fliessende Wasser, das Meer und die Meeresküste, soweit als zur Zeit der grössten Fluth das Wasser sich erstreckt. Errichtet aber Jemand ein Gebäude auf der Meeresküste, so hat er dieses, so lange es besteht, in seinem Privateigenthum.

§. 68. Res mancipi und nec mancipi[1]).

Res mancipi waren solche für den römischen Ackerbau besonders wichtige Gegenstände, welche ursprünglich eigentlich unveräusserlich bei der Familie bleiben sollten (wohl auch allein bei dem Servianischen Census in Betracht kamen) und deren Veräusserung desshalb nur gleichsam unter Zuziehung einer Vertretung des ganzen Volkes, nämlich nur durch mancipatio geschehen konnte, bis man allmählich eine zweite Uebertragungsform, die in iure cessio, aus dem Process entlehnte. Res mancipi sind die Sclaven und die vierfüssigen in Italien einheimischen Hausthiere, welche als Last- oder Zugthiere dienten, wie Widder, Pferde, Esel, Maulesel (quae collo dorsove domantur, wobei die Proculianer aber auch den wirk-

2) Dahin gehören gewöhnlich auch die Vicinalwege, im prätor. Edicte auch itinera publica genannt. Ueber das röm. System der Wege im alten Italien vgl. Voigt, in den Berichten der philolog. histor. Classe der königl. sächs. Gesellsch. der Wissensch. 1872 v. 12. Dec. S. 31—90. nebst Tafel.

3) §. 114. nr. II. 18.

§. 68. 1) Keller, Grundr. zu Vorles. über Inst. §. 35. S. 25 ff.; Gimmerthal, Die Publicianische Klage und die Mancipation. Bremen 1872; Münderloh, Aus der Zeit der Quiriten. Weimar 1872. S. 59 ff.

lichen Gebrauch der Thiere zum Ziehen oder Tragen oder ein hierzu tauglich machendes Alter der Thiere verlangten, während die Sabinianer sie von der Geburt an für res mancipi erklärten), ferner der italische Grund und Boden, endlich auch [2]) die vier ältesten Wege- und Wasserservituten [3]).

Wurde eine res mancipi in Folge eines auf Eigenthumsübertragung gerichteten Geschäftes (iusta causa) bloss einfach tradirt, so ging sie nicht in das civilrechtliche Eigenthum des Empfängers über; erst allmählich gewährte der Prätor für diesen Fall ein Eigenthum nach ius gentium (in bonis).

Die res nec mancipi wurden aber schon durch einfache Tradition in Folge des Hinzutretens einer iusta causa in das civilrechtliche Eigenthum des Empfängers übertragen, ebenso wie durch in iure cessio. Die mancipatio einer res nec mancipi war wirkungslos, es sei denn, dass eine traditio damit verbunden wurde, in welchem Falle die mancipatio eine unschädliche überflüssige Sollennität war. So erklärt sich die bei Plinius [4]) erwähnte mancipatio von Perlen und kostbaren Gewändern. (Bei Tacitus [5]) ist von einer mancipatio eines Grundstücks mit der darauf befindlichen Bildsäule die Rede, nicht von der blossen mancipatio der Statue.)

Schon vor Justinian hatte sich der Unterschied von res mancipi und nec mancipi als unpraktisch erwiesen und verloren. Aber Justinian hob denselben zum Ueberfluss auch noch ausdrücklich auf [6]).

§. 69. Res mobiles und immobiles.

Man unterscheidet auch nach römischem Rechte, wenngleich in untergeordneterer Bedeutung als nach deutschem Rechte, die *res mobiles* und *immobiles*, und unter den ersteren noch speciell die *res sese moventes*, d. h. Sclaven und Thiere [1]), und unter den Thieren: wilde, zahme und gezähmte. Unter den res immobiles unterscheidet man *praedia urbana*, d. h. Gebäude, *praedia rustica*, d. h. zur Fruchtziehung bestimmte Grundstücke, und *praedia suburbana*, d. h. innerhalb der Stadt oder des Stadtbannes gelegene praedia rustica [2]).

2) S. u. §. 153. — 3) Ulp. XIX. 1; Gai. I. 120. II. 15—22. — 4) Hist. nat. IX. 60. (35). — 5) Annal. I. 73. — 6) L. un. Cod. De usucap. transform. et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi. VII. 31. v. J. 531. Vgl. u. §. 139. am Ende.

§. 69. 1) Vgl. l. 93. Dig. de V. S. L. 16.

2) Vgl. l. 115. 166. 198. 211. Dig. de V. S. L. 16; l. 49. pr. Dig. de r. vind. VI. 1; l. 20. §. 2. Dig. de serv. pr. urb. VIII. 2; l. 50. Dig. ad leg. Aq.

§. 70. Res † fungibiles und † non fungibiles.

I. *Res † fungibiles* (vertretbare Sachen) nennt man (seit Ulrich Zase)[1]) die *res quae pondere, numero, mensurave consistunt*, d. h. die bloss nach Quantität und Qualität, nach Gewicht, Zahl und Mass zu bestimmenden Sachen, im Gegensatze zu den *res † non fungibiles*, d. h. den nach ihrer Individualität, als species bezeichneten Sachen[2]). Diese Eintheilung ist sehr wichtig bezüglich der Lehre vom casus.

II. Die wichtigste *res fungibilis* ist das Geld, das allgemeine Tauschmittel, wodurch alle Dinge der Sinnenwelt nach ihrem Vermögenswerth gemessen werden[3]). Bei dem Gelde muss man aber unterscheiden 1) den Nennwerth, d. h. den Werth, den der Münzherr (die Staatsgewalt) einer Münzsorte durch positive Bestimmung beigelegt hat, und der derselben gewöhnlich aufgeprägt ist; 2) den Metallwerth, der sich bestimmt durch das Gewicht (Schrot) und den Feingehalt (Korn) der Münze, indem die edlen Metalle (Gold und Silber), wenn Münzen aus ihnen geprägt werden, einen gewissen Beisatz von geringerem Metall erhalten, (z. B. der preuss. Thaler $^1/_4$ Kupfer); 3) den Curswerth, d. h. den Werth, welcher, soweit der Geprägewerth nicht zugleich dem Metallwerth der Münze entspricht, durch den Handelsverkehr einer Geldsorte beigelegt wird.

Die Römer hatten bis auf Servius Tullius kein geprägtes Geld. Servius Tullius liess zuerst ein Pfund schwere Bronzestücke (Kupfer mit mässigem Beisatz von Zink und Blei) mit dem Zeichen eines Stückes Vieh giessen (as, aes grave, oder contrarium aes, weil es gegen Gewichte, contra pondera gesetzt wurde). Der Werth dieses as libralis betrug etwa $^1/_2$ Thlr.; es wurde aber durch mehrfache Reductionen endlich bis auf $^1/_{36}$ Pfund gebracht; ein as galt also zu Cicero's Zeit etwa $7^1/_2$ Pfennige. Im Jahr 485 d. St. prägte man zuerst Silber (denarii), im J. 547 Gold (aurei, aurei denarii). In der Kaiserzeit findet sich rothe Scheidemünze aus reinem Kupfer und gelbe aus Messing (Kupfer und Zink). Der Münzfuss hat bei den Römern überhaupt öfters gewechselt. Ursprünglich und durchgängig bei den klassischen Juristen wird der Denar, eine Silbermünze, zu 10 asses berechnet. Die gewöhnliche Rechnungsweise war die nach sestertii (= semis und tertius, drittehalb, duo asses et semis, was man abkürzte durch IIS, woraus die übliche Bezeichnung HS entstanden ist). Zwanzig Sesterzen machten etwa einen Thaler unseres Geldes aus. Tausend Sesterzen (= 2500 asses, 250 Denare) sind in den Quellen

IX. 2; l. 1. pr. Dig. comm. praed. VIII. 4; l. 7. §. 10. Dig. de acq. rer. dom. XLI. 1; l. 8. §. 15. Dig. de vi XLIII. 16; l. 44. §. 1. Dig. de O. et A. XLIV. 7; l. 16. Cod. de praed. V. 71.

§. 70. 1) S. o. §. 33. S. 73. — 2) Vgl. l. 2. §. 1. Dig. de reb. cred. XII. 1; l. 42. Dig. de iur. dot. XXIII. 3; l. 35. §. 5. Dig. de contrah. emt. XVIII. 1; l. 1. §. 2. Dig. de O. et A. XLIV. 7. — 3) Vgl. l. 1. pr. de contr. emt. XVIII. 1; l. 94. §. 1. de solut. XLVI. 3.

gemeint, so oft die blosse Cardinalzahl gebraucht ist, z. B. decem, centum dato = 10,000, 100,000 Sestertien; die Numeraladverbien mit sestertium (HS oder aeris) verbunden oder auch ohne Hinzufügung eines Substantivums gebraucht, bezeichnen die Hunderttausende, z. B. IIII HS oder quater HS = 400,000 Sesterzen (= 1,000,000 Asses); X HS oder decies HS = 1,000,000 Sesterzen. (Ueber das röm. Gewichts-, Münz- und Maasswesen vgl. Boecking, Pand. des gem. Civilr. Bd. I. 2. Aufl. Anhang S. *43—*47; Mommsen in den oben §. 3. i. A. S. 3. cit. Schriften.; Danz, Röm. Rgsch. 2. Aufl. Bd. 1. §. 19. Bd. 2. §. 143. — Ueber Geld im Allgemeinen vgl. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes Bd. I. Abth. 2. Erlangen 1868. §. 91 ff. S. 1060 ff.)

§. 71. Res † consumtibiles und † non consumtibiles.

Res consumtibiles (res quae usu consumuntur vel minuuntur) sind diejenigen, deren Gebrauch im unmittelbaren völligen oder theilweisen Aufbrauchen besteht[1]), wie Speisen, Getränke, Brennholz, Geld[2]); *res non consumtibiles* sind solche, welche zwar auch durch ordnungsmässigen Gebrauch allmählich mehr oder weniger schlechter werden und zuletzt untergehen können, aber nicht sogleich durch den Gebrauch förmlich aufgezehrt werden, wie z. B. Häuser, Kleidungsstücke. Die res consumtibiles sind gewöhnlich auch fungibiles, nicht aber umgekehrt.

§. 72. Die Theilbarkeit der Sachen.

I. Juristisch theilbar (res dividuae) sind nur diejenigen *res corporales*, bei denen der abgetrennte Theil seine Gattung nicht ändert und regelmässig einen seinem Verhältnisse zum Ganzen entsprechenden Werth behält[1]). Aber bei allen noch ungetheilten oder juristisch sogar untheilbaren Sachen kann man von *partes pro indiviso* reden, d. h. von ideellen Theilen[2]), so dass der Gebrauch und der Nutzen derselben nach einem gewissen Massstabe (Bruchtheilen, Quoten)[3]) unter Mehreren getheilt werden soll.

Bei Grundstücken kann man, selbst so lange sie noch unge-

§. 71. 1) L. 5. §. 1. 2; l. 7. de usufr. VII. 5; l. 1. eod. — 2) Dieses, weil öconomisch das Ausgeben des Geldes dem Verbrauche gleich steht. Vgl. §. 2. I. de usufr. II. 4; l. 32. D. de min. IV. 4; l. 11. §. 2; l. 13. de reb. cred. XII. 1.

§. 72. 1) L. 26. §. 2. de leg. I. (30); l. 35. §. 3. de rei vindic. VI. 1; l. 34. §. 2. Cod. de donat. VIII. 54; §. 5. I. de off. iud. IV. 17; l. 31. §. 6. D. de aedil. ed. XXI. 1. — 2) D. h. der Sache, nicht Theilen des Rechts an der Sache. Vgl. l. 25. quib. mod. ususfr. VII. 4; l. 5. §. 15. commod. XIII. 6; l. 64. §. 4. de evict. XXI. 2; l. 66. §. 2. de legat. II. (31). — L. 45. pr. de stip. serv. XLV. 3. — 3) L. 25. §. 1. de V. S. L. 16.

theilt sind, von reellen Theilen *(partes pro diviso)* reden, weil sich hier die Grenzen leicht ziehen lassen.

II. Von den *res incorporales* sind untheilbar usus, habitatio und operae servorum vel animalium[4]) und die Realservituten[5]), das Pfandrecht[6]), häufig die Obligationen[7]), endlich die Erbschaft als Persönlichkeit des Erblassers[8]); theilbar sind dagegen der Niessbrauch[9]), die Emphyteusis[10]), die Superficies[11]) und die meisten Obligationen[12]).

§. 73. Einfache und zusammengesetzte Sachen und Sachgesammtheiten[1]).

I. *Res simplex* oder *unita* (ἡνωμένον) ist diejenige, deren einzelne Theile mit einander in einem organischen Zusammenhange stehen, sei es von Natur oder durch menschliche Thätigkeit (z. B. ein Baum, ein Thier, ein Kleiderstoff); *res composita*, connexum, συνημμένον, bei den Neueren † *universitas rerum cohaerentium* ist die Sache, welche durch mechanische Verbindung verschiedener Sachen entstanden ist, z. B. ein Haus, Schiff; † *universitas rerum distantium* oder Begriffsganzes (Sachgesammtheit) ist eine Mehrheit von selbstständigen Sachen derselben Art, welche nur durch eine gemeinsame Bezeichnung zusammengefasst werden, z. B. eine Heerde, Bibliothek[2]).

Windscheid (Vorles.) will zwischen solchen universit. unterscheiden, welche ein Naturganzes bildeten, wie die Heerde, der Bienenstock — und denjenigen universitates, welche kein Naturganzes bildeten, wie eine Bibliothek oder die Ausrüstung eines Schiffes. Erstere, so behauptet er, könnten nach römischem Rechte Gegenstand von Rechten sein, letztere nicht. Jedoch kann man schon bei einer Heerde nicht immer von einer naturwüchsigen Gesammtheit reden, da ja auch die Thiere von verschiedenen Seiten her zusammen gekauft sein können. Ausserdem steht aber auch seiner anderen Behauptung bezüglich der ein Naturganzes bildenden universitates rerum distantium die Entscheidung der Quellen entgegen, dass das Vermächtniss einer familia servorum nicht als Vermächtniss einer einzigen Sache gelte, sondern dass dies nur eine bequemere Bezeichnung sei.

Universitates rerum distantium können theilbar sein (z. B. eine Heerde), oder nicht (z. B. ein Zwei- oder Viergespann, unter Umständen eine Bibliothek). Univers. rerum cohaerentium sind zwar nicht juristisch theilbar, aber ihre natürlichen Theile können

4) S. §. 154. — 5) S. §. 153. — 6) S. §. 162. — 7) S. §. 178. VIII. — 8) S. §. 247. nr. VI. — 9) S. §. 154. — 10) S. §. 159. — 11) S. §. 161. — 12) S. §. 178. am Ende.

§. 73. 1) Göppert, Ueber einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen. Halle 1871. — 2) L. 30. pr. De usurp. et usuc. XLI. 3; l. 70. §. 3. de usufr. VII. 1; l. 1. §. 3; l. 3. pr.; l. 23. §. 5. de rei vind. VI. 1.

Gegenstand anderer Rechtsverhältnisse sein, als die am Ganzen bestehenden [3]).

II. Man spricht auch bisweilen von einer † *universitas iuris*, d. h. einer Mehrheit von körperlichen oder unkörperlichen Sachen oder auch beiden zugleich, welche gewissen gemeinsamen Rechtsbestimmungen unterliegen, also in gewisser Beziehung zusammengehören. Dieses ist der Fall bei der hereditas, dem Vermögen eines Lebenden, der dos [4]), dem peculium [5]) und der taberna (Waarenlager) [6]). Man vermeidet jedoch besser diesen ganzen Begriff, weil man falsche Consequenzen daran geknüpft hat, nämlich die Meinung, es gebe für jede universitas iuris zwei gemeinsame Eigenthümlichkeiten: eine Universalklage zum Schutze aller Sachen der betreffenden universitas, und es gelte bei ihnen stets der Satz: † res succedit in locum pretii et pretium in locum rei. Beides ist aber nur bei der hereditatis petitio [7]) der Fall.

§. 74. Hauptsachen und Nebensachen [1]).

(Pertinenzien, Impensen, Früchte und Zinsen, Accessionen im eng. S.)

Hauptsache ist diejenige, im Verhältniss zu welcher eine andere als die Nebensache, als die von der ersteren abhängige (als Accession im weiteren Sinne) zu betrachten ist. Nebensachen sind:

I. Die Pertinenzien [2]), Zubehör, Hülfssachen (im mittelalterlichen Latein aisiae, aisia, aisiamentum genannt), d. h. Sachen, welche juristisch als Theile einer anderen (der Hauptsache) behandelt werden (pars rei, quasi pars, propter rem habetur), ohne es in Wirklichkeit zu sein. Die rechtliche Verfügung über die Hauptsache schliesst auch zugleich die über die Pertinenz ein. Was als Pertinenz zu betrachten sei, richtet sich zunächst nach der Bestimmung der Parteien. Der Richter muss im einzelnen Falle die Meinung der Parteien festzustellen suchen und dabei zwischen den Rechtsgeschäften unter Lebenden und denjenigen von Todeswegen unterscheiden, indem die letzteren als Liberalitätsacte des Testators benigne interpretirt werden sollen. Falls die Parteien nichts bestimmt haben, gelten im Allgemeinen folgende Regeln, die zwar nicht ausdrücklich in den Quellen aufgestellt sind, aber sich aus den einzelnen Entscheidungen der Quellen ableiten lassen. Es gilt

3) S. u. §. 148. u. 149. — 4) §. 226. — 5) §. 234. — 6) Vgl. l. 20. §. 10. de her. pet. V. 3; l. 1. §. 4. de dot. prael. XXXIII. 4; l. 40. de pec. XI. 1; l. 119. 208. de V. S. L. 16. — 7) §. 268. nr. X.

§. 74. 1) Dig. XXII. 1. de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora; Cod. IV. 32. de usuris. VII. 51. de fruct. et lit. expens. — 2) Funke, Die Lehre von den Pertinenzen etc. Chemnitz 1827.

bei praedia rustica als Pertinenz alles, was durch Natur und Kunst in dauernde äussere Verbindung mit denselben gebracht ist, z. B. Pflanzen, Bäume, Dünger, Rebpfähle, ständige Blumenstangen, (nicht auch die bloss einen Theil des Jahres im Boden befindlichen Erbsen- oder Bohnenstangen); bei praedia urbana ist im Zweifel alles dasjenige Pertinenz, was, ohne bloss dem subjektiven Bedürfnisse eines zeitigen Besitzers zu entsprechen, wesentlich zur Einrichtung des Gebäudes gehört, z. B. die Schlüssel, obschon diese nicht erd-, wand-, band-, mauer-, niet- oder nagelfest sind[3]). Bei Mobilien lässt sich die Pertinenzqualität nicht a priori bestimmen; nur wenn ein Aufbewahrungsbehälter, Futteral oder sonstige Sache[4]) gerade für eine bestimmte andere Sache dienen soll, gilt er auch wesentlich als Pertinenz der letzteren[5]). Bei den Römern galt im Zweifel Sattel- und Zaumzeug als Pertinenz des Pferdes, heutzutage nach Gewohnheitsrecht nur eine Halfter.

II. Impensae oder Aufwendungen auf eine Sache sind entweder impensae *necessariae*, d. h. die gemacht wurden, damit die Sache nicht untergehe oder nicht schlechter werde, oder *utiles*, um sie zu verbessern, oder *voluptuariae*, d. h. Aufwendungen zur Annehmlichkeit, aus Luxus[6]).

Wegen impensae necessariae kann jeder Besitzer, auch (mit Ausnahme des Diebes) der malae fidei possessor, die Sache zurückbehalten, bis er seine Auslagen ersetzt erhalten hat. Wegen impensae utiles hat nur der bonae fidei possessor, d. h. derjenige, welcher glaubte und einen genügenden Grund hatte, zu glauben, er sei der redliche Erwerber, bis zum Ersatz dieser Impensen ein Retentionsrecht an der Sache; der malae fidei possessor hat wegen impensae utiles, und wegen impensae voluptuariae hat sowohl der bonae wie der malae fidei possessor nur ein ius tollendi, d. h. ein Recht, vor Herausgabe der Sache die Aufwendungen wieder wegzunehmen, insofern dadurch die Substanz der Sache nicht verletzt wird. Das ius tollendi darf aber nicht ausgeübt werden zur blossen Chikane, d. h. wenn die Abtrennung der Impensen für den Betreffenden keinen Nutzen haben würde, und auch dann nicht, wenn der Rückempfänger der Sache sich erbietet, so viel zu ersetzen, als die Impensen nach der Abtrennung für den seitherigen Besitzer Werth hätten[7]). Eine Klage auf Ersatz der impensae gibt es übrigens

3) Vgl. l. 17. §. 7. 10. 11; l. 18. §. 1. de act. emt. et vend. XIX. 1; l. 26. pr. de instr. vel instruct. legato XXXIII. 7. — 4) Z. B. der Käfig für den Vogel, das Bramsegel (aber nicht der Mastbaum) für das Schiff. — 5) Vgl. l. 66. l. 52. §. 9. de legat. III. (32); l. 242. pr. de V. S. L. 16. — 6) Ulp. VI. 17. — 7) L. 38. de rei vind. VI. 1.

nicht, es sei denn, dass ein besonderer Obligationsgrund eine Klage begründete; auch wegen impensae necessariae hat man sonst nur das Retentionsrecht der Sache bis zum Ersatz der Impensen[8]).

III. Die Früchte[9]). 1. Diese sind die organischen Erzeugnisse einer Sache und man rechnete hierzu auch die Thierjungen. Man unterscheidet unter diesen *fructus* † *naturales* die *fructus* † *mere naturales* und † *industriales*, je nachdem sie ohne oder mit Zuthun menschlicher Arbeit entstehen[10]). Nach dem Zustande, in welchem sie sich befinden, unterscheidet man unter den fructus naturales die *pendentes*, welche noch als integrirende Theile der Hauptsache mit derselben in Verbindung stehen; *separati*, welche von der fruchttragenden Sache selbst abgetrennt sind; *percepti*, welche von dem Besitzer der fruchttragenden Sache nach der Abtrennung besonders in Besitz genommen sind[11]). Diese Perception ist schon vollendet, wenn man die Separation selbst vornimmt oder vornehmen lässt (z. B. das Gras, Getreide geschnitten, gemäht hat, oder schneiden, mähen liess, wenn es auch noch geschnitten auf dem Felde liegt). Die percepti sind *entweder* noch bei dem Percipienten in ihrem natürlichen Zustande vorhanden *(exstantes)*, — *oder* schon verzehrt, verarbeitet, veräussert *(consumti)*. Fructus *percipiendi* endlich sind einerseits die Früchte, welche der Besitzer hätte ziehen können, aber nicht gezogen hat, und andererseits auch die Früchte, welche der die fruchttragende Hauptsache nichtbesitzende Eigenthümer vielleicht in noch grösserem Masse als der Besitzer hätte ziehen können, weil er vielleicht mehr Arbeitskräfte, besseren Dung u. s. w. hatte.

2. Schon früh wurde der Ausdruck Früchte auch auf diejenigen Fungibilien übertragen, welche man von einem Anderen als Ersatz für die Ueberlassung des Gebrauches oder der Benutzung von Sachen erhält *(fructus † civiles)*; dahin gehören Mieth- und Pachtgelder und Zinsen.

3. Zinsen *(usurae)*[12]) sind eine Quantität von Fungibilien, welche Jemand dafür, dass ihm der Gebrauch einer grösseren

8) S. §. 103. — 9) Heimbach, Die Lehre von der Frucht. Leipzig 1843; Göppert, Ueber die organischen Erzeugnisse. Halle 1869.

10) Diese Eintheilung ist nur beim Fruchterwerb des bonae fidei possessor von Wichtigkeit. Vgl. darüber die unten im §. 147. gegebene Darstellung.

11) Doch wird auch fr. percepti statt separati gesagt. L. 4. §. 2. fin. reg. X. 1; l. 25. §. 1. de usuris XXII. 1. — 12) Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. III. 1. §. 49. S. 385 f.

Quantität (sors, caput) von Fungibilien derselben Art eine Zeit lang entzogen ist, ausser dem Ersatz jener grösseren Quantität noch als besondere Vergütung erhält.

Aus dem blossen Zinsenzahlen kann man noch nicht die Existenz, sondern nur die Grösse des Kapitals beweisen, wenn die Existenz desselben feststeht[13]).

Die Verpflichtung zur Bezahlung von Zinsen entsteht entweder a) durch Vertrag *(usurae conventionales)* und zwar ursprünglich durch ein der lex mancipii bei dem nexum beigefügtes pactum fiduciae[14]), in späterer Zeit und noch im justin. Recht durch *stipulatio*[15]), heutzutage stets durch formlosen Vertrag, oder b) die Zinsverbindlichkeit entsteht durch letztwillige Anordnung *(usurae testamentariae)*, und die conventionales und testamentariae usurae nennt man *voluntariae;* oder c) die Zinsverbindlichkeit entsteht zur Strafe *(usurae punitoriae)*, wegen Verzögerung einer Schuldleistung (Verzugszinsen) oder wenn man fremde Fungibilien widerrechtlich zu eigenem Nutzen verwendet, oder wenn ein Vormund oder Verwalter fremden Vermögens die Kapitalien oder Zinsen nicht gehörig eintreibt oder müssig liegen lässt; oder endlich d) die Zinsforderung entsteht auch in einer Reihe von Fällen durch besondere gesetzliche Bestimmung *(usurae legales)*, z. B. fordern der Fiscus und der Minderjährige stets von ihren Schuldnern Zinsen; ebenso derjenige, der sein Kapital so zu fremdem Nutzen verwendet hat, dass er eine Klage auf Ersatz der Auslagen hat, wie z. B. ein Mandatar, Vormund Ersatz der impens. necessariae mit Zinsen verlangen kann. Die usurae punitoriae und legales heissen gemeinsam *usurae necessariae*, und der Anspruch auf sie kann nur in Verbindung mit der Hauptklage auf das Kapital verlangt und berücksichtigt werden; dagegen haben die usurae voluntariae selbstständige Klagen. Dieses drücken die Römer durch den Satz aus: usurae voluntariae in obligatione sunt, usurae necessariae officio iudicis tantum praestantur[16]).

Nach den XII Tafeln konnte als Zinsmaximum ein Zwölftel des ganzen Kapitals (d. h. vom as) bedungen werden (fenus unciarium). Dieses betrug also $8^1/_3$ Procent für das alte 10monatliche, 10 Proc. für das 12monatliche Jahr. Ein Gläubiger, der mehr nahm, wurde mit der Strafe des Vierfachen der über das erlaubte Mass empfangenen Zinsen belegt[17]). In Folge des gallischen Krieges und der dadurch herbeigeführten grossen Geldnoth war ein höherer Zinsfuss

13) L. 6. §. 1. Dig. de usur. XXII. 1. — 14) S. o. §. 49. nr. IV. — 15) §. 195. nr. III. 1. — 16) L. 49. §. 1. de act. emti. XIX. 1; l. 4. C. depos. IV. 34; l. 12. Cod. de usur. IV. 32. — 17) Tac. Ann. IV. 16; Liv. VII. 16.

eingetreten, wesshalb eine *lex Duilia Maenia* den Zinsfuss der XII Tafeln von Neuem einschärfte[18]). Später ergingen verschiedene Gesetze gegen den Zinswucher, namentlich im 5. Jahrhundert d. St. die *lex Marcia* adversus feneratores, welche gegen den Zinswucherer die manus iniectio gestattete[19]). Daran schloss sich im J. 408 d. St. ein Gesetz, welches den Zinsfuss auf die Hälfte des früheren Zinsfusses (fenus semiunciarium) herabsetzte[20]). Sodann waren durch eine *lex Genucia* v. J. 413 d. St. eine Zeit lang alle Zinsen verboten[21]), und sodann wieder in den letzten Jahrhunderten der Republik und in der Kaiserzeit galten als Zinsmaximum 12⁰/₀ (usurae centesimae), d. h. an jedem Ersten des Monats wurde Ein Procent bezahlt. Diese centesima bildete nun das As für die niedrigeren Zinsfüsse: jährlich 8⁰/₀ = besses, 6⁰/₀ = semisses, 4⁰/₀ = trientes u. s. w. Seit der christlichen Kaiserzeit änderte sich die Münzrechnung in Betreff der centesimae, so dass sie = $12\frac{1}{2}$, die besses = $8\frac{1}{3}$, die semisses = $6\frac{1}{4}$, trientes = $4\frac{1}{6}$ Procent betrugen[22]). Im justinianischen Rechte werden aber durchweg die usurae centesimae = 12⁰/₀ genommen[23]).

Justinian[24]) setzte das regelmässige Zinsmaximum auf die Hälfte des seitherigen herab, also auf 6⁰/₀ *(usurae semisses)*; bestimmte ferner, personae illustres sollten nur 4⁰/₀, Kaufleute dagegen 8⁰/₀, und derjenige, welcher ein Darlehen zur Ausrüstung eines Schiffes unter Tragung der Seegefahr (fenus nauticum, pecunia trajectitia) hingab, sollte sich 12⁰/₀ ausbedingen dürfen, während vor Justinian in diesem letzteren Falle, ebenso wie noch immer beim Getreidedarlehen, Zinsen in infinitum ausbedungen werden konnten. Auch bestimmte Justinian, man solle von Landleuten höchstens 4⁰/₀ nehmen dürfen[25]).

Die Höhe der gesetzlichen Zinsen und Strafzinsen sollte regelmässig auch nicht über 6⁰/₀ gehen, aber darunter bleiben dürfen. Ihr Betrag ist zum Theil durch das Gesetz bestimmt, und sonst richtet er sich nach dem Masse der Zinsen, die der Gläubiger nach Landesgewohnheit oder Gesetz durch Ausleihen des Geldes hätte gewinnen können. So konnte der Fiscus 6⁰/₀ Zinsen fordern. 4⁰/₀ mussten von der versprochenen oder zu restituirenden dos gezahlt werden, sowie von Vermächtnissen unter der Bedingung des Wittwenstandes. Man konnte das Doppelte der gewöhnlichen Zinsen,

18) Liv. l. c. — 19) Vgl. u. §. 119. nr. 4; Liv. VII. 21; Gai. IV. 13. — 20) Liv. VII. 27; Tac. Ann. VI. 16. — 21) Liv. VII. 42; Tac. Ann. VI. 16. — 22) Vgl. Gothofred ad leg. 2. Theod. Cod. h. t. II. 33. — 23) Vgl. Boecking, Pand. 2. Aufl. Anhang S. *47 f.; Keller, Grundr. zu Vorl. über Inst. §. 109. S. 79 ff. — 24) L. 26. Cod. de usur. IV. 32. — 25) Nov. 34. cap. 1.

also nach justin. Rechte 12% fordern a) von der Kapitalforderung, wenn der verurtheilte Schuldner 4 Monate (tempus iudicati) mit der Erfüllung des Urtheils säumig geblieben war; b) nach einer oratio Marci von den ausgelegten nöthigen Reparaturkosten, die der eine Miteigenthümer eines Hauses dem anderen binnen 4 Monaten zu ersetzen hatte[26]).

Das canonische Recht[27]) verbot alles Zinsennehmen aus Gelddarlehen als unchristlich[28]), erlaubte jedoch zuerst den Rentenkauf[29]) und dann auch das Zinsdarlehen bis zu dem Masse, wie die Landesgesetze das Zinsennehmen erlaubten. Die Praxis hat, von einzelnen reichsgesetzlichen Bestimmungen[30]) unterstützt, die Zinsgeschäfte überhaupt wieder als zulässig anerkannt, und in Folge dessen sind die römisch rechtlichen Vorschriften über Zinsen im Allgemeinen wieder zur Anwendung gelangt. Jedoch haben die R(eichs-) P(olizei-) O(rdnung) von 1577, der R(eichs-) D(eputations-) A(bschied) von 1600 und der J(üngste) R(eichs-) A(bschied) von 1654 den gesetzlich zulässigen Zinsfuss auf jährliche 5 Procent herabgesetzt und zwar auch für die Fälle, in denen nach röm. Rechte ein anderer Zinsfuss gefordert werden durfte. Nur beim fenus nauticum und bei Schadenersatzansprüchen können gewohnheitsrechtlich Zinsen in infinitum gerechnet werden, und beim Darlehen von Saatkorn sind nach ländlicher Gewohnheit meistens nach der Erndte für ein halb Jahr 50% zu entrichten[31]). Aus Handelsgeschäften sind jetzt (nach dem Deutschen Handelsgesetzbuch Art. 287.) 6 Procent der gesetzliche Zinsfuss[32]).

Schon das röm. Recht verbot aber das Nehmen von Zinseszinsen, sei es, dass die Zinsen zum Kapital geschlagen (*anatocismus*[33]) *coniunctus)*, oder dass sie als besonderes Kapital verzinst würden (*anatocismus separatus)*[34]). Auch sollten die Zinsen, wie schon in den ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit aufkam, nicht ultra alterum tantum, d. h. nicht zu einer höheren Summe anwachsen können, als das Kapital[35]). Justinian wollte unverständiger Weise sogar, dass auch die bezahlten Zinsen in das alterum tantum ein-

26) L. 52. §. 10. pro socio XVII. 2; l. 4. Cod. de aedif. priv. VIII. 10. — 27) Vgl. X. de usuris. V. 19; ln VIto. V. 5; Clem. V. 5. — 28) Vgl. Vering, Lehrb. d. Kirchenr. §. 158. V. — 29) C. 1. 2. X. de emt. vend. III. 17. auf Anfrage Breslau's u. Merseburg's ergangen. — 30) S. Arndts Pand. §. 210. Anm. 2. — 31) Vgl. das Detail bei Arndts Pand. §. 208 ff. — 32) Neuere Particulargesetze, z. B. ein preuss. Gesetz vom 14. Nov. 1867, haben die Beschränkungen der vertragsmässigen Zinsen, als den heutigen Verkehrsverhältnissen nicht mehr entsprechend, aufgehoben. — 33) ἀνατρπισμυς usurae renovatio anniversaria; abgeleitet von τόκος, die Frucht. — 34) L. 29. Dig. h. t. XXII. 1; l. 28. Cod. h. t. IV. 32; l. 26. §. 1. de cond. indeb. XII. 6; l. 8. Cod. de usur. rei iud. VII. 54. — 35) L. 26. §. 1. cit.; l. 10. 27. §. 1. Cod. h. t.

gerechnet werden sollten; aber die darauf bezüglichen Stellen [36]) sind nicht glossirt [37]).

Sind zu hohe oder ungesetzliche Zinsen, wenn auch wissentlich, bezahlt, so können sie zurückgefordert oder vom Kapital bei dessen Rückzahlung abgezogen werden [38]).

IV. Accessionen im engeren Sinne sind diejenigen Nebensachen, welche durch physisches Hinzutreten zur Hauptsache das Eigenthum und den Werth derselben vergrössern [39]).

36) L. 29. 30. Cod. h. t.; Nov. 121. c. 2; Nov. 138. 160.

37) Im kaufmännischen Contocurrentverkehr sind nach Art. 291. des deutschen H.-G.-B. Zinseszinsen gestattet, d. h. wenn Kaufleute miteinander in laufender Rechnung stehen, so können sie von dem beim Rechnungsabschluss sich ergebenden Ueberschusse, sollten in demselben auch Zinsen enthalten sein, Zinsen fordern.

38) L. 26. §. 1. 2. de cond. indeb. XII. 6; l. 18. 20. §. 1. h. t.; l. 5. §. 2. ut in possess. leg. XXXVI. 4. — 39) S. u. §. 148.

Kapitel VI.

Von dem Erwerbe und Verluste der Rechte.

I. Von dem Erwerbe der Rechte im Allgemeinen.

§. 75. Die Voraussetzungen für den Erwerb eines Rechtes[1]).

Zum Erwerbe eines Rechtes sind vier Dinge wesentlich, deren Nachweis zum Beweise der Existenz des Rechtes nothwendig ist:

1) ein fähiges Subjekt,

2) ein fähiges Objekt,

3) eine rechterzeugende Thatsache, sei dieses ein eigenes Rechtsgeschäft des Erwerbers[2]), oder die unerlaubte Handlung eines Dritten[3]), oder eine sonstige Thatsache.

So oft nicht eine eigene Handlung des Erwerbenden den Erwerb des Rechts bezweckte, oder ein Delict eines Dritten ihn herbeiführte, und dennoch ein Recht erworben wird, sagt man, der Erwerb geschehe *ipso iure;* in diesem Falle ist aber stets auch eine den Erwerb des Rechtes vermittelnde Thatsache nothwendig. So fiel z. B. Alles, was das Hauskind erwarb, nach älterem Rechte ipso iure dem Hausvater zu; ferner macht der Tod des Hausvaters ipso iure die Hauskinder zu Erben von dessen Vermögen, ohne dass dieselben eine besondere Erwerbshandlung vorzunehmen hätten.

4) Auch muss der Erwerber des Rechtes stets ein Interesse an dem Rechte haben, sei dieses ein pecuniäres, oder ein vernünftiges Affections-Interesse. Fehlt jedes derartige Interesse, so kann der Geltendmachung des Rechts die *exceptio tua non interest* entgegen gestellt werden.

§. 76. Von den verschiedenen Arten eines Rechtserwerbs.

I. Der Rechtserwerb ist entweder ein originärer (selbstständiger), d. h. unabhängig von dem Rechte eines Dritten, wie z. B. der Erwerb durch occupatio[1]), durch usucapio[2]), — oder

§. 75. 1) Bruns a. a. O. III. 1. §. 19. S. 339—41. — 2) S. §. 77. — 3) S. §. 94.

§. 76. 1) S. §. 142. — 2) S. §. 146.

ein derivativer (abgeleiteter), d. h. abhängig von dem Rechte eines Anderen, der der Urheber (auctor) unseres Rechtes ist, wie bei der Succession, oder wenn der Eigenthümer eine Servitut oder ein Pfand an seiner Sache bestellt.

II. Verschieden davon ist die Eintheilung in absoluten und relativen Erwerb. Absoluter Rechtserwerb ist der, wo das betreffende Recht erst in dem Momente entsteht, in welchem es erworben wird, und ein solcher Erwerb ist immer ein originärer. Relativer Rechtserwerb ist der, wo das Recht, welches jetzt von Jemanden erworben wird, schon früher vorhanden war. Bei diesem relativen Erwerbe ist nicht stets, wie beim derivativen Erwerb, ein auctor nöthig, von dem man das Recht ableitet, aber der Inhalt des Rechtserwerbs ist beim relativen Rechtserwerbe schon vorher bestimmt. Der originäre Erwerb kann sowohl ein absoluter sein (wie z. B. die occupatio), als auch ein relativer (wie z. B. die usucapio).

III. Der derivative Erwerb kann so geschehen, dass der auctor nur einen einzelnen Bestandtheil seines Rechts als ein neues Recht auf den Andern übergehen lässt, oder dass er das ganze Recht wie es bei ihm war, auf den Anderen überträgt, und dieses letztere heisst *successio*, und der neue Erwerber heisst dann *successor*. Beim derivativen Erwerbe kann jedoch derjenige, welcher sein Recht von dem Anderen ableitet, niemals mehr Rechte haben, als der auctor: *Nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet*[3]). — Wenn Jemand aber ein dingliches Recht hat und dasselbe ganz oder theilweise einem Anderen überträgt, so überträgt er damit nicht auch die etwaigen bloss obligatorischen Beschränkungen in Betreff der Sache; denn durch Obligationen wird nur die Person des Eigenthümers, nicht auch das Eigenthum selbst beschränkt.

IV. Man unterscheidet die *successio in singulas res* (Sondernachfolge), d. h. die Uebertragung eines einzelnen oder einer Mehrheit einzelner Rechte, und die *successio in universum ius* oder *per universitatem* (Gesammtnachfolge), d. h. den Uebergang der von ihrem bisherigen Inhaber abgelösten vermögensrechtlichen Persönlichkeit auf einen neuen Träger. Es bleibt hierbei juristisch dieselbe Person und nur der Träger derselben wechselt, so dass desshalb auch die Obligationen, welche nach röm. Recht von der Person untrennbar sind, dennoch per universitatem mit übergehen.

Eine Universalsuccession findet niemals durch blossen Willen der Parteien, durch ein einfaches Rechtsgeschäft statt, weil die Per-

3) Vgl. l. 54., l. 143; l. 156. §. 1; l. 175. l. 177. pr. §. 1. de R. I.

sönlichkeit, die Rechtsfähigkeit, unabhängig von unserem Willen an uns gebunden ist; sie findet nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen statt, nämlich: a) bei der Erbfolge für den Erben; b) in den Fällen der capitis diminutio[4]); c) bis auf Justinian bei der bonorum sectio, d. h. dem Verkauf der confiscirten Gütermasse eines Capitalverbrechers oder eines in publico iudicio zu einer litis aestimatio Verurtheilten, der diesen Schadensersatz nicht leistete[5]); d) nach prätorischem Rechte wurde auch für den bonorum emtor bei dem Concurs bis auf Justinian eine Universalsuccession begründet[6]); e) nach canon. Rechte auch bei der (durch das Concil. Tridentinum für die Zukunft verbotenen) Incorporation eines beneficium in ein anderes kirchliches Institut[7]).

II. Von dem Erwerbe der Rechte durch Rechtsgeschäfte.

§. 77. 1) Begriff und Arten der Handlungen und Rechtsgeschäfte[1]).

I. Eine Handlung ist jede in der Sinnenwelt hervortretende Willensäusserung. Die Handlungen kommen 1) in Betracht als Erzeuger von Rechten, und in dieser Hinsicht zerfallen sie in Rechtsgeschäfte und Delicte[2]); 2) als Gegenstand von Rechten bei den Obligationen.

II. Rechtsgeschäft, *actus legitimus* († negotium iuris), ist die erlaubte Willenshandlung, welche eine Veränderung in den Rechtsverhältnissen hervorzubringen bezweckt. Es kann sein, dass dadurch ein Recht begründet, erworben werden, oder dass dadurch ein Rechtsverhältniss modificirt werden, oder dass ein bestehendes Recht dadurch aufgehoben werden soll.

Der Inhalt eines Rechtsgeschäftes muss physisch möglich und erlaubt sein, sonst ist das Geschäft nichtig (impossibilium nulla est obligatio)[3]).

III. † *Negotia unilateralia*, einseitige Rechtsgeschäfte, sind diejenigen, zu denen nur eine Person, † *negotia bilateralia*, zweiseitige, diejenigen, bei denen mehrere Personen ihren übereinstimmenden Willen erklären müssen. Ein einseitiges Rechtsgeschäft ist z. B. die Besitzergreifung eines Gegenstandes, der Niemandem gehört, das Aufgeben eines Besitzes, die letztwillige Verfügung. Zu den zweiseitigen Rechtsgeschäften gehören z. B. die Tradition, die Ehe, alle Verträge.

4) S. o. §. 42. — 5) S. o. §. 52. — 6) S. u. §. 135. — 7) Vgl. Vering, Lehrb. des Kirchenr. §. 69.

§. 77. 1) Bruns a. a. O. §. 20. S. 341 ff. — 2) §. 94. — 3) L. 35. pr. l. 97. pr. l. 141. §. 4. de V. O. XLV. 1.

Manche Neueren z. B. Savigny, Syst. Bd. 3. S. 307—321., Arndts Pand. §. 63., Windscheid, Pand. §. 69. bezeichnen jede gegenseitige Willenseinigung mehrerer Personen zur Begründung, Veränderung oder Aufhebung eines Rechtsgeschäftes als Vertrag. An und für sich lässt sich hiergegen nichts einwenden, und es ist dieses auch gewiss die moderne Bedeutung von Vertrag. Aber die römischen Juristen beschränken den Begriff des privatrechtlichen Vertrages (contractus, pactum) auf die gegenseitigen Willenseinigungen, wodurch eine Obligation (s. B. III.) begründet, geändert oder aufgehoben werden soll. Andere Geschäfte als obligatorische werden in den römisch-rechtlichen Quellen niemals Verträge genannt, und für unsere Ansicht sprechen auch die Schlussworte folgender Stelle: Ulpian. l. 1. §. 2. 3. de pactis II. 14: „Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. — Conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt . . . *Adeo autem conventionis verbum generale est*, ut eleganter dicat Pedius, *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem.*" Vgl. l. 3. pr. de pollicit. L. 12. M. s. auch u. §. 188. nr. I.

Obgleich alle Verträge zweiseitige Rechtsgeschäfte sind, so unterscheidet man bei ihnen doch *contractus* † *unilaterales* und † *bilaterales*, je nachdem bloss ein Theil berechtigt und der andere bloss verpflichtet ist, oder beide Theile gegenseitig berechtigt und verpflichtet sind. Die letzteren sind aber wieder zu unterscheiden in *contractus* † *bilaterales aequales* (gleichartige zweiseitige Verträge) und † *inaequales* (ungleichartige zweiseitige Verträge). *Contractus* † *bilaterales aequales* sind diejenigen, bei denen beide Theile nothwendig gegenseitig berechtigt und verpflichtet sind, *contractus* † *bilaterales inaequales* diejenigen, bei denen nur ein Theil nothwendig berechtigt ist, aber der andere Theil durch nicht wesentliche Umstände ebenfalls einen Gegenanspruch erlangen kann (wie z. B. beim mandatum, commodatum, depositum).

IV. Man unterscheidet *negotia inter vivos* und *mortis causa*, je nachdem sie schon bei Lebzeiten der handelnden Personen oder erst mit dem Tode eines der Betheiligten in Wirksamkeit treten sollen.

V. *Actus legitimus* bedeutet soviel als Rechtsgeschäft und bezeichnet nicht bloss die folgenden Rechtsgeschäfte, welche nach *Papinian*[4]) durch Hinzufügung einer Bedingung (condicio) oder Zeitbestimmung (dies) ungültig werden: hereditatis aditio, acceptilatio[5]), datio tutoris (d. h. hier obrigkeitliche Ernennung des Vormundes)[6]), emancipatio (bei Papinian hatte hier ohne Zweifel

4) L. 77. Dig. de regulis iuris. L. 17; vgl. c. 50. de R. I. in VIto. V. 13. Vgl. Hoepfner, de legis actionibus et actibus legitimis im Anhang zu seinem Instit. Commentar. — 5) S. u. §. 195. — 6) S. §. 240. nr. 3.

gestanden mancipatio[7]), servi optio (Wahl unter alternativ vermachten Sclaven).

An dem Worte *HADES* kann man sich die Anfangsbuchstaben dieser 5 Rechtsgeschäfte merken. Dieselbe Eigenthümlichkeit gilt aber auch von der *tutoris auctoritas*, l. 8. de auct. tut. XXVI. 8., und von der Bestellung einer Grunddienstbarkeit, l. 4. de serv. VIII. 1.

VI. *Legis actiones* heissen die ältesten Prozessformen. Man wandte diese auch, nachdem im Prozesse die legis actiones bereits abgeschafft waren, noch für einige Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (d. h. wo der Magistrat bloss zur Beglaubigung und Bekräftigung eines Rechtsgeschäftes zugezogen wurde) an, in denen man sich der alten Form eines scheinbaren Eigenthumsstreites bediente, wie bei der manumissio vindicta, adoptio, in iure cessio. Diese Fälle einer imaginaria vindicatio nannte man daher auch später noch immer legis actiones.

VII. *Negotia stricti iuris* waren bei den Römern diejenigen, bei welchen der Richter sich streng an den Wortlaut des Geschäftes zu halten hatte; *negotia bonae fidei* diejenigen, bei welchen der Richter auf alle Billigkeitsgründe Rücksicht zu nehmen hatte, auch wenn dieselben ihm nicht speziell vom Magistrate in seiner Instruction (formula) zur Berücksichtigung bezeichnet waren. Es hängt jene Unterscheidung mit der Eintheilung der Klagen in *actiones stricti iuris* und *bonae fidei* zusammen[8]). Im heutigen Rechte sind alle negotia *bonae fidei*.

§. 78. 2) Die Bestandtheile der Rechtsgeschäfte.

Diese sind entweder wesentliche († essentialia), d. h. diejenigen, ohne welche das Geschäft keinen Bestand hätte, oder unwesentliche. Die letzteren sind entweder 1) † naturalia, d. h. welche, wenn die essentialia vorhanden sind, gesetzlich als vorhanden praesumirt werden[1]), in denen, wenn auch nicht der ausdrückliche, so doch der stillschweigende Wille der Parteien zur rechtlichen Geltung gelangt, oder 2) † accidentalia negotii, d. h. welche durch besondere willkürliche Satzung der Parteien an die Stelle der naturalia gesetzt oder zu diesen hinzugefügt worden sind und desshalb von demjenigen, der sich darauf beruft, ebenso wie die essentialia bewiesen werden müssen.

7) Cf. Vat. fragm. 329; wie es sich hier mit der in iure cessio verhielt vgl. Vat. fr. 48—50. — 8) S. u. §. 114. II. nr. 12.

§. 78. 1) L. 11. §. 1. de act. emti vend. XIX. 1: „. . . quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae *naturaliter insunt* huius iudicii potestati.“

§. 79. 3) Von der Handlungsfähigkeit.

Zur Vornahme einer Handlung gehört ein willensfähiges Subject. Die Willensfähigkeit fehlt völlig den Wahnsinnigen und den infantes, so wie auch den juristischen Personen. Für diese muss ein Stellvertreter handeln. Die Handlungsfähigkeit fehlt auch dem sonst Willensfähigen, wenn er sich in einem Zustande der Bewusstlosigkeit befindet, wie z. B. bei völliger Trunkenheit, Fieber-Phantasie u. dgl. Im Uebrigen sehe man über den Einfluss des Alters auf die Beschränkung der Handlungsfähigkeit oben §. 56., über die Beschränkung der prodigi oben §. 57. IV, und über die der Weiber im älteren Rechte oben §. 55.

§. 80. 4) Von dem Einflusse des Zwanges, Irrthums und Betrugs[1]).

I. Von dem Zwange[2]). Wenn *vis* † *absoluta* geübt ist, d. h. der Ueberwältigte bloss als physisches Werkzeug des ihm Gewalt Anthuenden erscheint, so gilt nur der Letztere, nicht auch der Gezwungene als die handelnde Person. Ist dagegen nur durch Androhung von Uebeln, die der Person oder dem Vermögen oder nahen Angehörigen zugefügt werden sollen, auf den Willen Jemandes eingewirkt *(metus* oder *vis* † *compulsiva)*, so gilt die Handlung des Gezwungenen nicht als nichtig († voluit, quamvis coactus voluerit)[3]), aber die Nachtheile, die man durch den metus erlitt, können aufgehoben werden. Dabei muss man aber unterscheiden, ob der metus ein † causam dans ist, d. h. das Geschäft hervorgerufen hat, oder ob der metus ein † incidens ist, d. h. bloss auf die Modalitäten des Geschäftes eingewirkt hat. Im ersten Falle wird eine Klage auf Aufhebung des Geschäftes, im zweiten Falle nur eine Klage auf Schadenersatz oder Beseitigung der erzwungenen nachtheiligen Nebenbestimmungen gegeben.

Bei den *negotia bonae fidei* diente seit den ältesten Zeiten zur Beseitigung der Folgen des metus die *Contractsklage*, d. h. die Klage,

§. 80. 1) Richelmannn, Der Einfluss des Irrthums auf Verträge. Hannover 1837.; Schliemann, Die Lehre vom Zwange. Rostock 1861.; Schlossmann, Zur Lehre vom Zwange. Leipzig 1874.; Czylarz, Der Einfluss des Zwanges auf die Giltigkeit der Rechtsgeschäfte. (In Ihering's Jahrbüchern XIII. 1874. S. 1—56.); Savigny, System III. §§. 114. 115. 134—139. und Beilage VIII.; Bruns a. a. O. III. 1. §. 20. S. 343.

2) Dig. IV. 2. quod metus causa gestum erit; Cod. II. 10. de his quae vi metusve causa gesta sunt.

3) Argum. legis. 21. §. 5. h. t.: „Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, *quamvis, si liberum esset, noluissem,* tamen *coactus volui.*“ Vgl. auch l. 22. de ritu nupt. XXIII. 3.

welche ohnehin aus dem Rechtsgeschäfte hervorging, oder wenn noch nicht geleistet war, konnte der Beklagte bis zum Urtheil die vom Prätor *Octavius* noch vor dem Jahre 683 d. St. eingeführte *exceptio metus* (oder schon früher statt jener die exceptio doli specialis) vorschützen. Ausserdem entwickelte sich in der Kaiserzeit die *in integrum restitutio propter metum.*

Bei *negotia stricti iuris* konnte ursprünglich wie gegen dolus so auch gegen metus nur dann ein Schutz eintreten, wenn bei Abschluss des Geschäftes durch eine clausula doli[4]) jede Art von Unbilligkeit ausgeschlossen war. Jedoch führte das vorhin erwähnte *Octavianische* Edict im 7. Jahrhundert d. St. zum Schutze gegen die nachtheiligen Folgen des metus bei negotia stricti iuris die *arbitraria actio quod metus causa* ein, wobei, wenn dem arbitrium de restituendo nicht Folge geleistet wird, eine Verurtheilung in quadruplum, ohne Unterschied ob der Beklagte bonae oder malae fidei possessor ist, stattfand, aber post annum nur mehr auf's simplum[5]). Dasselbe Octavianische Edict führte die *exceptio metus* ein, und die Doctrin, durch die kaiserlichen Constitutionen unterstützt, entwickelte noch eine mit der actio und exceptio quod metus causa electiv concurrirende und für manche Fälle auch allein brauchbare und schleuniger zum Ziele führende *in integrum restitutio propter metum*, die dann auch bei bonae fidei negotia häufiger angewandt wurde als die Contractsklage[6]). — Die *actio*, *exceptio* und *in int. rest. propter metum* sind actiones in rem scriptae, d. h. sie gehen eventuell auch gegen Dritte, die aus dem erzwungenen Geschäfte bereichert sind oder Ansprüche erheben.

Ein derartiger Schutz gegen die Folgen des metus tritt jedoch überhaupt nur ein, wenn der metus ist:

1. *iniustus ex parte inferentis*, d. h. wenn der Zwang nicht ein berechtigter ist;

2. *metus maioris malitatis*, d. h. ein nicht zu geringes Uebel muss angedroht sein, und insbesondere muss es grösser sein, als der Schaden aus der erzwungenen Handlung. Die Quellen erwähnen als einen timor maioris malitatis namentlich die Bedrohung des Lebens, des Leibes und der Freiheit, während ihnen eine Bedrohung des guten Rufes oder mit Processen nicht genügend erscheint. Aber man braucht bei jenen Quellenbeispielen nicht stehen zu bleiben und immer eine Bedrohung der Person zu fordern[7]).

3. *metus non vani hominis*, *sed cadens et in homine constantis-*

4) S. u. S. 166. — 5) L. 14. §. 1—4, 7, 9, 14; l. 21. 1. §. 2. D. h. t. IV. 2.; l. 4. Cod. h. t. II. 10. — 6) Vgl. v. Vangerow, Pand. I. §. 178. 185. — 7) Vgl. Windscheid, Pand. §. 80. Note 6.

simo, d. h. wenn Dinge angedroht sind, durch die sich auch ein charakterfester Mensch einschüchtern lässt;

4. *metus consultus*, d. h. wenn der metus gerade angewandt ist, um die in Frage stehende Handlung herbeizuführen.

5. *metus praesens, non tantum suspicio eius*, d. h. wenn das angedrohte Uebel nicht so sehr in der Zukunft liegt, dass es sich inzwischen auf andere Weise als durch Vornahme der Handlung, hätte abwenden lassen können.

Ueber den metus bei letztwilligen Verfügungen vgl. u. §. 259. nr. I.

II. Vom Irrthum[8]).

Irrthum ist jedes Falschwissen und Nichtwissen (ignorantia), sei es in Bezug auf Rechtssätze des geschriebenen, nicht controversen Landesrechts *(error iuris)*, oder in Beziehung auf Thatsachen *(error facti)*. Im Allgemeinen ist ein Irrthum bei einem Rechtsgeschäfte ohne Wirkung. Jedoch

1. bezieht sich ein Irrthum, einerlei ob es ein error iuris oder ein error facti ist, auf essentialia negotii (z. B. auf die Identität des Subjects oder die Identität oder die Substanz oder die wesentlichen Eigenschaften des Objects oder auf die Art des Rechtsgeschäfts), so ist das Geschäft nichtig, weil der dazu nothwendige Wille fehlt (errantis nulla est voluntas; unechter Irrthum)[9]).

2. In einigen Fällen kann man durch einen error facti sogar Vortheile erlangen *(lucrum captare)*, die man ohne den Irrthum nicht hätte, z. B. hat der bonae fidei possessor (gutgläubige Besitzer) den Fruchterwerb und die actio Publiciana und den Eigenthumserwerb durch usucapio; ferner gewährt der Irrthum möglicher Weise einen Vortheil beim tempus utile[10]). Auf einen Rechtsirrthum kann man sich aber nicht berufen, um dadurch einen Vortheil zu erlangen.

3. Wenn Jemand durch einen Irrthum einen Schaden erleidet, so kann er diesen durch *in integrum restitutio* wieder beseitigen, wenn der Irrthum ein entschuldbarer (error probabilis) ist. Entschuldbar ist regelmässig nur der error facti, aber auch dieser ist unentschuldbar, wenn man durch eigene Nachlässigkeit in den Irrthum gerieth (z. B. weil man sich nicht erkundigte, oder si quis propria facta ignorat). Der Rechtsirrthum dagegen ist nur ausnahmsweise entschuldbar, nämlich wenn Jemand nachweist, dass er keine Gelegenheit hatte, sich Rechtsbelehrung zu verschaffen (si quis copiam iureconsultorum non habuit)[11]).

8) Dig. XXII. 6; Cod. I. 18. de iuris et facti ignorantia. Vgl. die eingehenden Belege bei Vangerow I. §. 83.) — 9) Vgl. Savigny, Syst. Bd. 3. S. 440 ff. — 10) S. u. §. 98. — 11) Paulus l. 9. de iuris et facti ignor. XXII. 6.

4. Privilegirt in Bezug auf den Rechtsirrthum sind folgende Personen: a) bei Minderjährigen wird der Rechtsirrthum in jeder Beziehung ganz dem error facti gleichgestellt, so dass sie sich auch sogar zur Erlangung von Vortheilen auf einen Rechtsirrthum berufen können[12]; b) den Soldaten wird der Rechtsirrthum nachgesehen, wenn es sich um Abwendung eines durch denselben herbeigeführten Nachtheils handelt, sei dieser Nachtheil nun ein positiver Vermögensverlust (damnum emergens) oder ein entgangener Gewinn (lucrum cessans)[13]; endlich c) sind die Weiber (die von Theodosius II.[14]) bezüglich des Irrthums ganz den minores gleichgestellt waren, was aber Leo und Anthemius[15]) aufhoben und auf einzelne bestimmte Fälle beschränkten) und ähnlich *rustici*, d. h. Ungebildete, einerlei ob sie in der Stadt oder auf dem Lande wohnen, in einigen bestimmten Fällen gegen nachtheilige Folgen des Rechtsirrthums geschützt, nämlich Weiber wie rustici bei Versäumung der Fristen zur Vorlegung von Urkunden, unterlassener Selbstanzeige in Betreff des caducum[16]), was mit dem caducum im neueren Rechte wegfiel, bei Begehung von delicta civilia (Uebertretung von blossen positiven Strafverboten), Weiber auch bei Versäumung der Vorschützung der exceptio S. C. Velleiani[17]) oder Versäumung der Anzeige der Schwangerschaft an die Interessenten nach Auflösung der Ehe, rustici auch bei Versäumung der Frist zur Nachsuchung einer bonorum possessio[18]). In den Fällen, wo die genannten Personen privilegirt sind, wird der Rechtsirrthum derselben praesumirt, so dass der Gegner das Nichtvorhandensein des Rechtsirrthums beweisen muss.

Der Rechtsirrthum wird sonst von Seiten des Irrenden, wenn es sich de *damno vitando* (damnum emergens oder lucrum cessans) handelt, durch Eid bewiesen, während der factische Irrthum als entschuldbar praesumirt wird, so dass der Gegner die Nichtentschuldbarkeit desselben beweisen muss. Handelt es sich aber um ein *lucrum captandum*, so muss stets ein vollständiger Beweis des

12) L. 9. cit.; l. 7. §. 6. de minor. IV. 4.; l. 11. Cod. h. t., l. 8. Cod. de in integr. rest. min. II. 22. — 13) L. ult. pr. et §. ult. Cod. de iure delib. VI. 30.; l. 9. §. 1. h. t. — 14) L. 3. Cod. Theod. de in int. rest. II. 17. — 15) L. ult. Cod. h. t. I. 18. — 16) S. u. §. 258. nr. I. 6. — 17) S. u. §. 182. nr. X.

18) L. 2. §. 7. de iure fisci XLIX. 14; l. 8. § 2. qui satis dare cog. II. 8.; l. 1. §. 2—5. de edendo II. 13.; l. 2. §. 1. de inspic. ventre XXXV. 4; l. 9. Cod. ad S. C. Vellei. IV. 29; l. 15. §. 5. ad leg. Corn. de falsis XLVIII. 10; l. 38. §. 1. 2. ad leg. I. ul. de adult. XLVIII. 5; l. 1. §. 10. ad S. C. Turpillian. XLVIII. 16; l. 1. §. 2. si quis in ius voc. II. 5.; l. 7. §. 4. de iurisd. II. 1.; l. 3. §. 22 ad S. C. Silan. XXIX. 5.; l. 8. qui adm. ad B. P. VI. 9.

Irrthums, d. h. der objectiven Grundlagen desselben erbracht werden.

III. Vom Betrug[19]).

Dolus oder Arglist im weiteren Sinne ist jedes wissentliche Unrechtthun. Dolus im engeren Sinne ist der Betrug, die Benutzung oder Hervorrufung eines fremden Irrthums zu eigennützigen Zwecken. Bezieht sich der Irrthum des Betrogenen auf essentialia negotii, so ist das Geschäft nichtig, weil der Consens des Betrogenen fehlte. Jedoch wenn dieses nicht der Fall, der Irrthum bloss ein † concomitans ist, so kann doch der Betrogene die nachtheiligen Folgen des dolus des Anderen von sich abwenden. Hierbei muss man wie beim metus unterscheiden, ob der dolus das Geschäft hervorgerufen hat (sog. dolus † causam dans) oder bloss auf die Modalitäten des Geschäftes eingewirkt hat (dolus † incidens). Erstenfalls kann wegen des dolus des anderen Theiles auf Auflösung des ganzen Geschäfts, im zweiten Falle nur auf einfachen Schadenersatz, nicht auf Aufhebung des Geschäfts geklagt werden. Was die Rechtsmittel betrifft, so konnte sich der Betrogene

a) bei *bonae fidei negotia*, wenn aus dem Geschäfte die Leistung noch nicht erfolgt war, bis zum Urtheile durch Vorschützung der *exceptio doli (specialis)*[20]); oder wenn schon die Leistung erfolgt war, durch die *Contractsklage* helfen. Beides galt schon im alten römischen Rechte. In der Kaiserzeit entwickelte die Doktrin noch die electiv concurrirende *in integrum restitutio propter dolum*, die bei negotia bonae fidei, namentlich wegen des schnelleren Verfahrens, häufiger angewandt wurde als die Contractsklage.

b) Bei *negotia stricti iuris* konnte ursprünglich für beide Contrahenten nur dadurch geholfen werden, dass dem Geschäfte ausdrücklich die *clausula doli*, d. h. die Stipulation (feierliche Frage und entsprechende Antwort) beigefügt wurde, dolum malum abesse et abfuturum esse[21]). Schon während der Republik gestattete aber ein Edict des Prätors *Cassius* (welches jedenfalls älter ist, als das oben unter I. erwähnte Octavianische Edict über die actio und exceptio metus causa) auch bei negotia stricti iuris schlechthin die *exceptio doli*, und sodann ein Edict des Prätor *Aquilius Gallus*[22]) gegen 688 d. St. die in einem annus utilis, seit Constantin in einem biennium continuum verjährende *actio doli*, falls der Schaden mindestens 2 aurei betrug, welche Klage electiv mit der actio quod metus causa oder einer actio praescriptis verbis concurrirte. Die Doktrin führte auch hier die *in integrum restitutio propter dolum*

19) Dig. IV. 3. Cod. II. 21. de dolo malo. — 20) Vgl. u. §. 121. nr. III. 2. — 21) Ulp. l. 38. §. 30; Pap. l. 119. de V. O. XLV. 1. — 22) S. o. §. 27. III.

ein, und zwar so, dass die actio doli nur in subsidium eintrat, z. B. wenn der Betrug nicht von dem anderen Contrahenten, sondern von einem Dritten ausging[23]).

Die Rechtsmittel propter dolum gehen nur gegen die Person dessen, der sich den dolus zu Schulden kommen liess.

Ueber *dolus* bei letztwilligen Verfügungen vgl. u. §. 259. nr. I. 3.

§. 81. 5) Von der Willenserklärung.

I. Ein Rechtsgeschäft ist ungültig, wenn der ernstliche Wille zu demselben fehlt; ein bloss zum Scherz oder Schein, vielleicht um Andere zu täuschen, abgeschlossenes Geschäft *(negotium † simulatum)* ist ungültig. Derjenige, welcher den Schein oder Scherz vorschützt, muss diesen beweisen. Häufig wird aber unter einem Scheingeschäft ein anderes Geschäft verdeckt, und dieses letztere *(negotium † dissimulatum)* ist dann gültig, insofern dessen Erfordernisse vorhanden sind[1]).

II. Ein blosser Gedanke hat noch keine rechtliche Wirkung, es bedarf der Willensäusserung. Die Willenserklärung kann direkt, durch Worte oder Zeichen, geschehen *(consensus expressus)*, oder indirekt, durch concludente, d. h. solche Handlungen, die zunächst einen anderen Zweck haben, aber doch zugleich auch die in Frage kommende Willensäusserung in sich schliessen *(consensus tacitus)*, z. B. ein Erbe bezahlt die Schulden des Erblassers und gibt dadurch mittelbar den Erbschaftsantritt zu erkennen. Blosses Stillschweigen gilt nur dann als Zustimmung, wenn es unter Umständen geschah, wo man hätte reden können und sollen. *(Qui tacet [† ubi loqui potuit et debuit] consentire videtur.)*[2]).

III. Im neuesten röm. Recht bedarf es (umgekehrt wie im älteren röm. Recht)[3]) für die meisten Rechtsgeschäfte keiner besondern Form der Willensäusserung. Formen, welche bei einzelnen Geschäften im neueren Rechte noch vorkommen, sind:

23) Vgl. v. Vangerow, I. §. 178. 185. III. §. 605.

§. 81. 1) Cod. IV. 22. *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur.* cf. Dig. XXII. 4. Cod. IV. 21. de fide instrumentorum et amissione eorum. — Cod. IV. 50. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine vel pecunia emerit. Greg. Cod. II. 3. Consultatio c. 1.

2) Vgl. l. 142 de R. I.; c. 43. 44. in VIto de R. I. und die diese zu allgemein lautenden Stellen einschränkenden Quellenbeispiele in l. 4. pr. de nox. act. IX. 4.; l. 16 de S. C. Maced. XIV. 6.; l. 1. §. 2. l. 18. mandati. XVII. 1.; l. 12. de evict. XXI. 2.; l. 7. §. 1. l. 12. pr. de sponsalib. XXIII. 1.; l. 1. §. 2. soluto matr. XXIV. 3.; l. 63. de iudic. XLII. 1.; l. 5. Cod. de nupt. V. 4.

3) Vgl. Savigny, Syst. Bd. 3. §. 130—132.; vgl. o. §. 49. nr. IV. S. 115; §. 77. nr. VI. S. 161.

1) Zuziehung von Solennitätszeugen; 2) Schriftlichkeit; 3) gerichtliches Protocoll oder gerichtliche Bestätigung; 4) nach heutigem Rechte auch zufolge germanischer Rechtsgrundsätze bei Begründung von Eigenthum oder anderen dinglichen Rechten an Liegenschaften Eintragung in ein gerichtliches Buch (Grundbuch, Hypothekenbuch); 5) Rescript des Regenten.

§. 82. 6) Von der Einwilligung in fremde Handlungen.

Eine solche ist nothwendig:

1. Wenn Jemand, der unter väterlicher Gewalt oder Vormundschaft steht, ein Rechtsgeschäft abschliesst;

2. wenn Jemand für einen Andern ein Rechtsgeschäft abschliesst, oder

3. wenn Jemand für sich selbst das Rechtsgeschäft abschliesst, soweit dieses in die Rechtssphäre eines Dritten eingreift.

Regelmässig kann der Dritte seinen Consens frei geben oder versagen, und nur der Vater oder der Vormund kann bei grundloser Verweigerung seines Consenses in einigen Fällen, z. B. bei grundloser Weigerung in die Ehe des Kindes oder Mündels einzuwilligen, vom Richter nach sorgfältiger causae cognitio zur Ertheilung seiner Einwilligung gezwungen werden.

§. 83. 7) Die Ratihabition [1]).

I. Ratihabition ist die Einwilligung in eine bereits geschehene eigene oder fremde Handlung. Ersteres kann man passend Bestätigung, letzteres Genehmigung nennen.

II. Wenn der zur Handlung nöthige Wille früher entweder gar nicht, oder wegen Mangels der väterlichen oder vormundschaftlichen Einwilligung nur ungenügend erklärt ist, so dass das Geschäft desshalb nichtig ist, oder wenn das Geschäft wegen eines auf den Willen stattgefundenen Einflusses von Zwang, Betrug oder Irrthum anfechtbar ist, so kann nach Eintritt der früher fehlenden freien Willensbestimmung, wenn kein sonstiges Hinderniss für die Gültigkeit des Geschäftes mehr besteht, durch eine neue bestätigende Willenserklärung nicht bloss ein neues gültiges Rechtsgeschäft abgeschlossen werden, wie die meisten Neueren wollen, sondern das früher nichtige oder anfechtbare Rechtsgeschäft rückwärts von dem Augenblicke an gültig oder unanfechtbar gemacht werden, wo kein anderes Erforderniss, als nur der rechtlich

§. 83. 1) L. Seuffert, Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte. Würzburg 1868.; Beckhaus, Ueber die Ratihabition der Rechtsgeschäfte. Bonn 1869.; Windscheid §. 74. 83.

genügende Wille mangelte[1a]). So soll eine zwischen Ehegatten geschehene oder sonst wegen Unfähigkeit des Beschenkten nichtige Schenkung durch letztwillige Bestätigung von Anfang an gültig werden, wenn beim Abschluss derselben die Form gewahrt ist, sonst erst von der Zeit der Bestätigung an[2]).

III. Hat Jemand ein Rechtsgeschäft im Namen eines Andern abgeschlossen, ohne dazu berechtigt zu sein, so ist das Rechtsgeschäft in einem Zustande der Schwebe, wie ein bedingtes Rechtsgeschäft, bis sich entscheidet, ob der Andere das Rechtsgeschäft genehmigt oder nicht. Der andere Contrahent ist daher einstweilen schon gebunden[3]). Aus dieser seiner einstweiligen Gebundenheit kann der andere Contrahent auch durch den Stellvertreter nicht befreit werden, weil der Stellvertreter selbst jenem gegenüber kein Recht erlangt hat. Ebenso wenig hindert der Tod oder der Eintritt einer Willensunfähigkeit des Stellvertreters an der Genehmigung[4]). Consequenter Weise muss man bei Verträgen[5]) sagen, dass auch der Tod des Vertretenen vor der Genehmigung nicht schade, weil der Vertretene, da ihm das Recht, durch Genehmigung Gläubiger zu werden, gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann, in gleicher Lage ist, wie derjenige, dem etwas unter einer Bedingung versprochen ist[6]).

Erfolgt eine Genehmigung des von einem unberechtigten Vertretenen abgeschlossenen Rechtsgeschäftes nicht, so hat dasselbe gar keine Wirkung für den Vertretenen, aber auch keine für den Vertreter, weil dieser ja für sich selbst gar kein Geschäft abschliessen wollte. Hat jedoch der Vertreter ausdrücklich oder stillschweigend eine Garantie für den Eintritt oder das Vorhandensein der Genehmigung übernommen, so muss er dem anderen Contrahenten dessen Interesse vergüten.

Die Ratihabition endlich der in unserem Namen vorgenommenen Handlung eines Dritten wirkt nach ausdrücklicher Bestimmung des römischen Rechts für den Inhalt, wie für die Zeit des Beginns der Wirksamkeit des Geschäftes so, wie wenn wir vor der Vor-

1a) L. 24. Dig. ratam rem haberi et de ratihabitione. XLVI. 8.; l. 16. §. 1. i. f. de pignor. XX. 1.; Cod. II. 46. si maior factus ratum habuerit.

2) Iustinian l. 25. Cod. de donat. i. v. et u. V. 16. Vgl. l. 7. pr. Cod. ad SC. Velleian. IV. 28.; c. 10 in VIto de R. I. V. 13.; l. 3. Cod. si mai. factus alien. V. 74.; Nov. 162. cap. 1. (unglossirt).

3) L. 24. de negot. gent. III. 5. Vgl. l. 65. §. 8. pro socio XVII. 2. — 4) L. 24. §. 1. ratam rem. XLVI. 8. — 5) Vgl. Windscheid, Pand. §. 313. Note 7. — 6) Anderer Meinung sind Buchka, Stellvertr. S. 211; Brinz, Krit. Blätter II. S. 40.

nahme derselben einen Auftrag dazu ertheilt hätten [7]). Jene Rückwirkung gilt privatrechtlich (nicht auch im Strafrechte) selbst dann, wenn die Handlung ein im Interesse des Ratihabenten vorgenommenes Delict sein sollte [8]). Selbstverständlich können durch die Ratihabition die wohlerworbenen Rechte Dritter nicht geschmälert werden.

IV. Die Ratihabition kann sowohl durch consensus expressus, wie durch consensus tacitus geschehen; ja bei einigen Geschäften soll sogar ein lebenslängliches Nichtwiderrufen als Ratihabition gelten, z. B. bei donationes inter virum et uxorem. Die Ratihabition ist aber ganz ausgeschlossen bei denjenigen Geschäften, bei denen die Willenserklärung einer bestimmten Form bedarf; hier wird das Rechtsgeschäft erst gültig, wenn, nachdem alle anderen etwaigen Hindernisse beseitigt sind, die Willenserklärung in der vorgeschriebenen Form vorgenommen wird, z. B. ein nichtiges Testament kann nicht nach Wegfall des Nichtigkeitsgrundes durch Ratihabition gültig gemacht, sondern muss neu errichtet werden; ein tutor kann nach röm. Recht nicht seine in bestimmter Form zu gebende auctoritatis interpositio durch Ratihabition ertheilen [9]).

§. 84. 8) Von der Stellvertretung [1]).

I. Wenn Jemand rechtsfähig, aber nicht handlungsfähig ist, so bedarf er zum Erwerbe von Rechten, soweit dazu Handlungen desjenigen gehören, der das Recht erwerben soll, und zur Ausübung von Rechten eines Stellvertreters. Aber auch der an und für sich rechtlich Handlungsfähige kann durch thatsächliche Zustände gehindert sein, selbst für sich zu handeln. Auch er bedarf dann also eines Stellvertreters, den er sich durch seinen Willen, durch eine der Stellvertretung vorhergehende Vollmacht, oder durch eine ihr nachfolgende Genehmigung (Ratihabition) bestellt.

II. Die Handlungen eines eigentlichen Stellvertreters sollen unmittelbar für den wirken, den er vertritt. Verschieden

7) L. 60. cf. l. 152. §. 2. de R. I.; l. 56. D. iud. V. 1.; l. 71. §. 1. 2. Dig. de solut. XLVI. 3. c. 10. in VIto de R. I.; l. 9. Dig. de negot. gest. III. 4. — 8) Ulp. l. 1. §. 14. de vi. XLIII. 16.; l. 152. §. 2. de R. I. — 9) Vgl. übrigens u. §. 239. a. E.

§. 84. 1) Inst. II. 9. per quas personas nobis acquiritur; Cod. eod. IV. 27; Dig. III. 3. De procuratoribus; Cod. eod. II. 13.; Dig. XLVI. 8. ratam rem haberi et de ratihabitione. — Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. Rostock und Schwerin 1852.; Savigny, Syst. III. §. 113. Oblig. R. II. §. 54.; Ruhstrat über Savigny's Lehre von der Stellvertretung. Oldenburg 1854.: Puchta, Inst. §. 203.; Arndts, Pand. §. 76 ff.; Keller, Pand. §. 61.; Ihering, Jahrb. f. Dogmatik. I. 7. II. 1. u. 3.; Bruns, a. a. O. III. 1. §. 21. S. 344—345.

davon ist der Fall der mittelbaren Stellvertretung, wo die Wirkungen des Rechtsgeschäftes zunächst nur für den Handelnden selbst eintreten, der in eigenem Namen das Geschäft abschliesst, dieser aber verpflichtet ist, durch ein neues Rechtsgeschäft die Wirkungen (Vortheile wie Nachtheile) des früheren Rechtsgeschäftes auf den Andern zu übertragen, in dessen Interesse er das frühere Geschäft vornahm.

III. Von beiden Fällen einer Stellvertretung wiederum verschieden ist der Fall, wo die Handlungen zwar zunächst für den Handelnden selbt wirken, daneben aber auch zugleich ihre Wirkung auf dritte Personen erstrecken. Fälle dieser letzteren Art kamen bei den Römern von jeher, sowohl bei Rechtsgeschäften, als bei Vergehen (in den Fällen der actiones adiectitiae qualitatis und noxales)[1]) vor.

IV. Bei Delicten ist keinerlei Art blosser Stellvertretung denkbar. Bei Rechtsgeschäften waren aber Fälle der uneigentlichen bloss mittelbaren Stellvertretung auch schon im alten röm. Recht möglich, und zwar regelmässig auch bei solchen, bei denen eine directe Stellvertretung nicht zugelassen war. Und durch die Erzwingbarkeit der Abtretung der vom Stellvertreter erworbenen Rechte und durch die Erzwingbarkeit der Abnahme der von ihm übernommenen Verbindlichkeiten wurde die indirecte Stellvertretung in manchen Fällen in den Wirkungen mehr und mehr einer directen Stellvertretung angenähert[2]). Gewisse Rechte gelten aber so sehr als an die Individualität des die betreffenden Geschäfte Vornehmenden geknüpft, dass bei ihnen desshalb auch nicht einmal die mittelbare, indirecte Stellvertretung zugelassen wurde. Dahin gehört die Errichtung eines Testaments, der Erbschaftsantritt, wobei nur ganz beschränkte Ausnahmen für den Vater und den Vormund eines infans und für den procurator Caesaris zugelassen wurden[3]).

V. Eine directe, unmittelbare Stellvertretung war bei den Römern regelmässig nicht zulässig, sondern es galt bei ihnen die Regel: nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest[4]); das Ganze war ungültig (denn sibi emere oder stipulari non voluit, alii non potuit).

VI. Ausnahmen von dieser Regel sind es, wenn man für den Erwerb und die Ausübung des Besitzes zunächst durch Sclaven,

1a) S. o. §. 43. nr. V. VII. — 2) Vgl. im Obligationenrecht: die Cession der Forderungen §. 181. und: die mögliche Wirksamkeit einer Obligation für dritte Personen §. 194. — 3) L. 18. pr. §. 2. Cod. de iure delib. VI. 30.; l. 1. §. 2. de off. proc. Caes. I. 19. — 4) L. 73. §. 4. de R. I. L. 17.; l. 26. Cod. de iure dot. V. 12.; l. 11. de O. et A. XLIV. 7.

die man im Besitze hatte, dann auch, obschon es im Anfang der klassischen Jurisprudenz noch streitig war, durch Personen, die man in der manus oder im mancipium hatte, und durch freie Stellvertreter eine directe Stellvertretung zuliess[5]), und ebenso für den Erwerb des Eigenthums, soweit dieser durch den Besitz vermittelt wird, also bei der Occupation, Tradition, Usucapion[6]), und dem entsprechend auch bei den Obligationen, wo durch volle Leistung einer Sache im Namen eines Dritten der Empfänger diesem haftbar wurde (re magis quam voluntate contrahitur)[7]), sowie man sich auch durch einen Stellvertreter ein Pfandrecht bestellen lassen konnte[8]). Auch die Agnition der bonorum possessio durch einen Stellvertreter liess man des praktischen Bedürfnisses wegen zu[9]).

VII. Von jeher äusserten auch die Erwerbshandlungen der in patria potestas oder manus oder im mancipium Jemandes stehenden Personen ihre Wirkung unmittelbar für den Gewalthaber, weil jene Personen keines eigenen Vermögens fähig waren[10]). Jedoch von gewissen Erwerbshandlungen waren die alieno iuri subiectae personae ganz ausgeschlossen. So konnten sie durch legis actio nichts für ihren Gewalthaber erwerben; denn z. B. bei der in iure cessio musste derjenige, an welchen übertragen werden sollte, selbst die Vindicationsworte aussprechen, mit welchen er das Recht in Anspruch nahm, und dieses konnte ein nothwendig Vermögensloser nicht thun[11]).

VIII. Gar nicht als Stellvertreter ist der blosse *nuncius* anzusehen, d. h. der blosse Bote, durch welchen der eine Contrahent dem anderen seinen Willen kund gibt. Es wirkt die Willenserklärung durch einen Boten unmittelbar für den Absender desselben, gerade so wie wenn statt des Boten ein Brief gesandt wäre[12]).

IX. Dass aber schon zur klassischen Zeit oder jedenfalls schon im justinianischen Rechte bei allen naturalen, d. h. formlosen Hand-

5) Gai. II. 90. 95; l. 41. de usurp. XLI. 3; l. 51. de acq. poss. XLI. 2; Paul. R. S. V. 2. 2; l. 12. Cod. de acq. et ret. poss. VII. 32; l. 1. Cod. per quas pers. IV. 27; l. 11. §. 6. de pign. act. XIII. 7; §. 5. Inst. per quas pers. II. 9.

6) §. 5. Inst. cit.; l. 20. §. 2. de A. R. D. XLI. 1; l. 24. de neg. gest. III. 5. — 7) L. 2. §. 4; l. 9. §. 8; l. 15. de R. C. XII. 1; l. 2. Cod. per quas pers. IV. 27; vgl. l. 11. §. 6. de pign. act. XIII. 7. — 8) L. 2. C. cit.; l. 21. pr. de pign. XX. 1. — 9) L. 3. §. 7; l. 15. 16. de B. P. XXXVII. 1. — 10) Gai. II. 86—96, III. 163—167; l. 45. pr. de V. O. XLV. 1. — 11) Gai. II. 96.

12) L. 2. 22 de O. et A. LXIV. 7; l. 14. §. 3. de const. pec. XIII. 5; l. 1. §. 1. mandati XVII. 1; l. 1. §. 1. de procur. III. 3.

lungen des Obligationenrechts directe Stellvertretung zugelassen sei, lässt sich nicht (mit Savigny) behaupten[13].

X. Nach canonischem und heutigem Rechte gilt aber als Regel der Grundsatz: *potest quis per alium, quod potest per se ipsum*[14], und: *qui facit per alium est perinde ac si faciat per se ipsum*[15]. Es ist daher jetzt regelmässig sowohl die directe, wie die indirecte Repräsentation durch einen (vorher oder nachträglich) bevollmächtigten Stellvertreter zulässig, und es kommt auf den Willen der betheiligten Personen an, ob sie die eine oder die andere Art von Stellvertretung wollen.

§. 85. 9) Vom arbitrium eines Dritten.

Die meisten Rechtsgeschäfte können in den Willen eines Dritten gestellt werden, sowohl ganz als theilweise, und zwar entweder so, dass durchaus die Willkür (mera voluntas) des Dritten massgebend sein soll und keine Reklamation zulässig ist; oder so, dass das Rechtsgeschäft in das billige Ermessen eines Dritten (arbitrium boni viri) über die Zweckmässigkeit des Geschäftes oder den Betrag der Gegenleistung u. dgl. gestellt wird, und dann bei Unbilligkeiten der Richter um Rectification des erwarteten billigen Ermessens des Dritten angerufen werden kann. Im Zweifel ist ein arbitrium boni viri und nicht die freie Willkür des Dritten anzunehmen. Bei Erbeinsetzungen und eigentlichen testamentarischen Verfügungen ist weder die mera voluntas, noch das arbitrium boni viri eines Dritten zulässig.

§. 86. 10) Von den Bedingungen[1].

I. Bedingung, *condicio*, ist die einem Rechtsgeschäfte hinzugefügte Nebenbestimmung, durch welche von dem Eintritt oder

13) Die scheinbar jene Behauptung unterstützende l. 53. de A. R. D. XLI. 1. wird durch zahlreiche andere Stellen eingeschränkt. Vergl. l. 1. Cod. per quas pers. IV. 27; l. 126. §. 2. de V. O. XLV. 1; l. 11. de O. et A. XLIV. 7; §. 4. Inst. de inut. stip. III. 19; Gai. III. 103; l. 38. §. 17. de V. O. XLV. 1; l. 9. §. 4. de R. C. XII. 1; l. 73. §. 4. de R. I. L. 17; Puchta, Vorl. §. 52.

14) C. 68. in VIto de R. I. V. 12. — 15) C. 72. eod.

§. 86. 1) Dig. XXXV. 1. de condicionibus et demonstrationibus et causis et modiseorum quae in testamento scribuntur; XXVIII. 7. de condicionibus institutionum; Cod. VI. 25 de institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub condicione factis; VI. 46. de condicionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus; VIII. 55. de donationibus quae sub modo vel condicione vel certo tempore fiunt. Savigny, Syst. Bd. 3. §. 116—124; Unger II. S. 56 ff. 57 ff.; Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. Erlangen 1871; Wendt, Die Lehre von den bedingten Rechtsgeschäften. Erlangen 1872.

Nichteintritt eines zukünftigen und ungewissen Thatumstandes rechtliche Folgen abhängig gemacht sind. Auch versteht man unter Bedingung den Thatumstand selbst, der als Bedingung gesetzt ist[1a]).

II. Es gibt aber eine Reihe von bloss scheinbaren Bedingungen *(condiciones falsae, quae solam figuram, sed non vim condicionis habent).*

So bleibt 1. das negotium *purum*, d. h. unbedingt, wenn ein Umstand als Bedingung gesetzt wird, der schon zufolge Rechtsvorschrift zum Inhalte des Rechtsgeschäftes gehört *(condicio tacita sive iuris).* Auch die nutzlose Bedingung *(cond. inepta, inutilis)* ist keine wahre Bedingung.

2. Auch dann liegt keine wirkliche Bedingung vor, sondern bleibt das Rechtsgeschäft unbedingt, wenn der beigefügte Thatumstand nicht in der Zukunft, sondern in der Gegenwart oder Vergangenheit liegt *(condicio in praesens vel in praeteritum tempus relata*, z. B. si Titius consul est oder fuit[2]).

3. Keine wahre Bedingung liegt auch vor, wenn der Umstand zwar in der Zukunft liegt, aber sein Eintritt nach Naturgesetz gewiss ist *(condicio † necessaria)*[3]). Dahin gehören namentlich auch die condiciones in non faciendo impossibiles, die negativ unmöglichen Bedingungen, d. h. wo die Bedingung darin besteht, dass eine gewisse Handlung nicht geschehe, und wo es nach Naturgesetz unmöglich ist, dass diese Handlung geschehe (z. B. si digito coelum non tetigeris; si mare non ebiberis)[4]).

4. Im Uebrigen vernichten *condiciones impossibiles* (einerlei ob sie physisch oder juristisch unmöglich sind und ebenso die unerschwinglichen Bedingungen)[5]) die negotia inter vivos; sie werden dagegen bei negotia mortis causa nach der im justin. Rechte recipirten Ansicht der Sabinianer (detrahirt, d. h.) als nicht hinzugefügt betrachtet, während die Proculianer dadurch die ganze letztwillige Zuwendung nichtig werden lassen wollten[6]).

1a) Ein logisches Schema der verschiedenen Arten der Bedingungen gibt Boecking, Pand. §. 111. Note 13. — 2) L. 16. de ini. XXVIII. 3; §. 6. Instit. de V. O. III. 16; l. 100. de V. O. XLV. 1. — 3) „Quae omnimodo exstitura est.“ L. 9. §. 1. de novat. et de leg. XLVI. 2. — 4) Vgl. l. 7. 8. de V. O. XLV. 1. l. 50. §. 1. de hered. inst. XXVIII. 5. l. 20. de cond. ind. XXVIII. 7. — 5) Vgl. l. 137. §. 6. de V. O. XLV. 1.

6) §. 10. Inst. de hered. inst. II. 14.; vgl. auch u. §. 259. nr. III. und die Ausführungen bei Vangerow, Pand. §. 93. Anm. 3.; Sell, Die Lehre von den unmöglichen Bedingungen. Giessen 1834.; Arndts, Ges. civ. Schr. Bd. 1. S. 26. ff.

5. *Perplexae condiciones*, d. h. solche, die einen inneren Widerspruch in die Verfügung hineintragen, machen das Rechtsgeschäft stets nichtig, einerlei ob es ein Rechtsgeschäft inter vivos oder mortis causa ist. (Ein Beispiel wäre: B. soll mein Erbe sein, wenn A. es ist.)

6. Auch *condiciones turpes* wirken nicht als wirkliche Bedingungen. Dieses sind solche, welche zur Beförderung von Unrecht oder Unsittlichkeit dienen würden, und daher die negotia inter vivos vernichten, während sie bei mortis causa negotia detrahirt werden, wenn sie dem bedingt Berechtigten eine turpitudo zumuthen; sie gelten aber wie eine gewöhnliche Bedingung, wenn sie das turpiter agere eines Dritten betreffen [7]).

III. Die Bedingung ist eine *affirmativa* oder *negativa*, je nachdem das Eintreten oder das Nichteintreten eines Umstandes als Bedingung gesetzt ist. Die *condicio affirm.* ist erfüllt, wenn die Thatsache vollständig so eingetreten ist, wie sie bedingt wurde; die *condicio negativa* ist dann erfüllt, wenn kein *factum contrarium* mehr möglich ist [8]).

IV. Man unterscheidet die condicio *potestativa* (willkürliche), *casualis* (zufällige) und *mixta* (gemischte), je nachdem die Erfüllung derselben hauptsächlich von dem Willen desjenigen, der bei Erfüllung der Bedingung berechtigt oder verpflichtet ist — oder von etwas Zufälligem oder der Willkür eines Dritten — oder von dem Zusammenwirken des Willens des bedingt Berechtigten und eines ausser seiner Willkür liegenden Umstandes abhängt [9]).

V. Durch die Hinzufügung einer Bedingung wird entweder der Anfang eines Rechtserwerbes aufgeschoben (*condicio † suspensiva)* [10]), oder das Ende eines Rechts *(condicio † resolutiva)*. Im Zweifel ist

7) Ausführliches bei Vangerow a. a. O. S. 136 ff. Inwiefern die Bedingung die Religion zu ändern oder nicht zu ändern, eine Verleitung zu einer turpitudo in sich schliesst, lässt sich nicht ein für alle Mal in abstracto, sondern nur aus den Umständen des einzelnen Falles bestimmen. — Auch die lächerlichen und verächtlichen Bedingungen, z. B. die, einen lächerlichen, verächtlichen Namen anzunehmen, müssen nach Analogie der Erbeseinsetzung in l. 27. pr. de cond. inst. XXVIII. 7.: „si reliquias eius (scil. testatoris) in mare abiiciat", bei letztwilligen Verfügungen detrahirt werden, wirken aber inter vivos wie eine gewöhnliche Bedingung.

8) Vgl. auch u. §. 259. nr. III.

9) L. un. §. 7. de cad. toll. VI. 51.; l. 4. de her. inst. XXVIII. 5.; l. 1. §. 8. si quis omissa causa XXIX. 4.; l. 7. 8. de cond. et dem. XXXV. 1.; l. 28. de cond. inst. XXVIII. 7.; l. 6. Cod. de nec. her. VI. 27.

10) Vgl. Ennecerus, Ueber Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung und des Anfangstermins. Göttingen 1871.

die Bedingung nicht als eine suspensive, sondern als eine resolutive anzusehen[11]).

VI. So lange eine Suspensivbedingung schwebt *(pendet)*, kann a) das betreffende Recht weder geltend gemacht werden *(neque dies venit)*, noch ist es überhaupt erworben *(neque dies cedit)*. Nur darin äussert sich schon *pendente condicione* eine eventuelle Berechtigung und Verpflichtung, dass der *sub condicione* Obligirte nicht einseitig zurücktreten kann und die bedingte Berechtigung und Verpflichtung bei Geschäften unter Lebenden regelmässig bereits als solche auf die Erben übergeht, dass ferner der bedingt Berechtigte nach Umständen bereits eine Caution für das ihm bei Erfüllung der Bedingung zustehende Recht fordern kann, und dass, wenn ein Concurs über den bedingt Verpflichteten ausbricht, bei Location der Creditoren[12]) der bedingt Betheiligte mitberücksichtigt werden muss.

b) Ist die Suspensivbedingung aber erfüllt *(conditio existit)*, so tritt mit dem Augenblicke der Erfüllung der Bedingung die rechtliche Wirkung des Rechtserwerbes ipso iure ein, und zwar gilt die Existenz des betreffenden Rechtes als rückwärts von dem Momente an gesichert, wo ausser der Erfüllung der Bedingung alle anderen Erfordernisse vorhanden waren. Eine Forderung und ein Pfandrecht datiren nun rückwärts von jenem Momente an, und handelt es sich um den Erwerb eines dinglichen Rechtes, so gelten jetzt die seit der bedingten Begründung des Rechtes etwa vorgenommenen anderweitigen Veräusserungen und Belastungen der Sache nicht mehr. Niemals aber kann der, welcher nach Erfüllung der Bedingung berechtigt wird, die Zinsen und die Früchte der Zwischenzeit von der Sache beanspruchen[13]).

c) Endlich, wenn gewiss geworden ist, dass die Suspensivbedingung nicht eintritt *(condicio deficit)*, so ist es auch gewiss, dass das unter der Suspensivbedingung geschlossene Rechtsgeschäft niemals in Kraft treten kann; es ist jetzt so, als wäre es niemals abgeschlossen[14]). Wenn aber derjenige, der *sub condicione* verpflichtet war, Etwas zu leisten, *dolo malo* den Eintritt der Bedingung unmöglich gemacht hat, so gilt die Bedingung als existent.

11) L. 7. i. f. l. 8. de iure dot. XXIII. 3; l. 2. pr. de in diem addict. XVIII. 2; l. 4. §. 2. de pact. II. 14. — 12) Vgl. u. §. 186. — 13) Ueber den Einfluss der erfüllten Bedingung beim Eigenthumserwerb vgl. u. §. 140. nr. V.

14) Ueber die Wirkung der Bedingungen vgl. v. Vangerow, Lehrbuch §. 95. 96. und die dort Citt.; Windscheid, Die Wirkung der erfüllten Bedingung. Basel 1851.; Eisele, Das Dogma von der rückwirkenden Kraft der Suspensivbedingung. Archiv f. civ. Prax. Bd. 50. (1867.) S. 253—327.

VII. So lange eine Resolutivbedingung

a) schwebt *(pendet)*, besteht das betreffende Recht wie ein unbedingtes in voller Kraft.

b) Tritt aber die Bedingung ein *(existit)*, so ist es nun ohne Weiteres für die Zukunft wirkungslos, und auch die pendente condicione resolutiva etwa geschehenen anderweitigen Veräusserungen und Belastungen der betreffenden Sache sind für die Zukunft wirkungslos; jedoch die pendente condicione resolutiva gezogenen Früchte und Nutzungen brauchen nicht restituirt zu werden.

§. 87. 11) Von dem dies oder der Fristbestimmung [1]).

I. *Dies* ist ein Zeitpunkt, an dessen Eintritt rechtliche Folgen geknüpft sind. Auch versteht man unter dies die Nebenbestimmung, welche das Geschäft an den Zeitpunkt knüpft. Wenn ein dies von den Römern in einem besonderen Satze beigefügt wurde, so geschah dies gewöhnlich mit dem Bindeworte *quum*.

II. Der dies ist entweder ein terminus *a quo*, (von wo an, negotium a die, ex die oder in diem) oder *ad quem* (ad diem, bis wohin), ähnlich wie man die Suspensiv- und die Resolutiv-Bedingung unterscheidet.

III. Man unterscheidet ferner den *dies certus* und *incertus*. Bei *negotia inter vivos* gilt der dies als certus, wenn nur das „*an*", d. h. ob der Tag eintreten wird, gewiss ist (z. B. an meinem 28. Geburtstage); bei *negotia mortis causa* ist der dies nur dann ein certus, wenn auch das „*quando*", d. h. der Zeitpunkt des Eintrittes desselben gewiss ist [2]). Nur wenn eine letztwillige Zuwendung auf den Todestag des Honorirten gestellt ist, wird dieser dies als certus behandelt, obschon das quando ungewiss ist; denn es ist gewiss, dass Jeder seinen Todestag erlebt, und das Erleben des dies von Seiten des Honorirten genügt zum Erwerbe des Vermächtnisses.

IV. Der dies certus a quo suspendirt nicht den Erwerb des Rechtes, sondern nur die Geltendmachung desselben, d. h. nicht den dies cedens, sondern nur den dies veniens.

Der dies incertus a quo wird ganz so wie eine Suspensivbedingung behandelt, d. h. er schiebt nicht bloss den dies veniens, sondern auch den dies cedens hinaus.

V. Wenn einem Rechtsgeschäfte ein dies (ad quem) beigefügt ist, so wird durch den Eintritt des dies das ganze Geschäft ipso

§. 87. 1) Savigny, System. Bd. 3. S. 204 f.; Unger, System. Bd. 2. §. 83; Lenz, Zur Lehre vom dies. Tübingen 1871; Enneccerus zu §. 86. Note 10. cit. — 2) L. 10. l. 16. pr. §. 1. l. 17. l. 56. de condict. iud. XII. 6.

iure für die Zukunft nichtig, wie bei dem Eintritt einer Resolutivbedingung, es sei denn, dass eine blosse Verpflichtung zur Zurückgabe des Empfangenen und zur Auflösung des Geschäfts für diesen Fall von den Interessenten ausbedungen wäre.

VI. Ueber die Beifügung des dies bei letztwilligen Verfügungen vgl. u. §. 259. nr. III.

§. 88. 12) Modus oder Auflage[1]).

I. *Modus* ist die ausdrückliche oder stillschweigende Voraussetzung einer vergangenen, gegenwärtigen oder künftigen Thatsache, an welche eine rechtliche Verfügung und namentlich ein Vermögensvortheil in der Art geknüpft ist, dass von dieser Thatsache zwar nicht der Eintritt, wohl aber der bleibende Erfolg jener Verfügung zufolge des Willens des Verfügenden abhängt.

Es kommt dafür auch der Ausdruck *condicio* und *causa* vor. Der deutsche Ausdruck Zweckbestimmung, wie auch die Bezeichnung Voraussetzung, worunter Windscheid Dinge von ganz verschiedenen Begriffen und Wirkungen, nämlich die Absicht, Zweckbestimmung (causa)[1a]) und die Auflage (den modus im eigentlichen Sinne) zusammenwirft, entsprechen nicht ganz.

Der modus ist wie die Bedingung nicht etwas schon wesentlich in dem Geschäfte Enthaltenes, sondern eine demselben beigefügte Nebenbestimmung. Hauptsächlich und im engeren technischen Sinne kommt der modus bei Schenkungen[2]) und bei letztwilligen Zuwendungen vor, und zwar hier namentlich als eine dem Empfänger gemachte Auflage, die aber nicht den Charakter einer Gegenleistung an sich trägt.

II. Von der blossen Empfehlung unterscheidet sich der modus dadurch, dass erstere gar keine rechtliche Wirkung hat, während die Erfüllung des modus erzwungen werden kann. Von der Bedingung unterscheidet sich der modus dadurch, dass durch seine Hinzufügung weder die Geltendmachung, noch der Erwerb des Rechtes (weder der dies veniens, noch der dies cedens) hinausgeschoben, aber eine obligatorische Verpflichtung zur Erfüllung des modus erzeugt wird. Also der modus zwingt, aber suspendirt nicht, während die Bedingung suspendirt, aber nicht zwingt[3]).

§. 88. 1) Vgl. die zu §. 86. citt. Titt. Dig. XXXV. 1; Cod. VIII. 55; Cod. VI. 45. de his quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur; Savigny, Syst. Bd. 3. S. 226 ff.; Windscheid, Die Lehre von der Voraussetzung. Düsseldorf 1850; Unger, Syst. II. §. 84. — 1a) S. u. §. 198.

2) S. u. §. 93.

3) Der modus wirkt umgekehrt, wie die Resolutivbedingung: der erfüllte modus wirkt wie die deficirende Resolutivbedingung, wird also als gar nicht beigefügt angesehen; der nicht erfüllte, wie die eingetretene Resolutivbedingung.

III. Um die Erfüllung des modus zu erzwingen, können der Geber oder dessen Erben oder der Dritte, zu dessen Gunsten die Auflage gemacht ist,

1. *Realcautionen* fordern, wenn irgend ein Grund ist, die Nichterfüllung zu befürchten [4]);

2. wenn der modus nicht erfüllt wird, mit einer actio ex stipulatu [4a]) oder wo keine Stipulation geschlossen war, mit einer actio praescriptis verbis [4b]) (der durch den modus begünstigte Dritte mit einer utilis actio) auf Erfüllung klagen; oder

3. durch exceptio doli oder in factum concepta, (d. h. durch eine Einrede, die der Prätor mit Rücksicht auf die besonderen Sachverhältnisse im einzelnen Falle aus Billigkeitsgründen gewährte) die weitere Geltung des sub modo gewährten Rechtes verweigern, oder

4. bei einem negotium bonae fidei (also h. z. T. immer) [5]) durch die Contractsklage, oder bei einem negotium stricti iuris mit einer condictio ob causam datorum (die aber im heutigen Rechte als aus der Natur des Innominatcontractes geflossen wegfällt) [6]) auf Rückgabe der noch vorhandenen Bereicherung klagen [7]).

5. Besteht der modus darin, dass der im letzten Willen Jemandes Bedachte einem Anderen ein Vermächtniss auszahlen soll, so kann der Vermächtnissnehmer auch die actio oder exceptio legati auf Erfüllung anstellen.

6. Wurde einem Erben ein modus auferlegt, so war dieser insofern ungültig, als dem Erben seine Erbenqualität nicht rückwärts wieder genommen werden konnte [8]); jedoch Justinian bestimmte in Nov. 1., es solle dem Honorirten, der eine ihm vom Testator gemachte Auflage binnen Jahresfrist, nachdem ihn die Interessenten durch die Obrigkeit haben mahnen lassen, nicht erfülle, das ihm sub modo Zugedachte wegen Indignität eripirt werden können, und zwar zunächst von den Substituten, nächst diesen unter Verpflichtung zur Erfüllung der Auflage der Reihenfolge nach von den Miterben, Universalfideicommissaren, Legataren, von den Intestaterben nach der Ordnung der Intestaterbfolge, jedoch nicht von den gültig Enterbten, endlich sogar von jedem anderen sich zur Erfüllung der Auflage Verpflichtenden, und, wenn sich Keiner finde, vom Fiscus.

IV. Ein modus ist ungültig, wenn er etwas Unmögliches oder Unsittliches oder Rechtswidriges auflegt. Auch schadet die Nichterfüllung des modus nicht, wenn der damit Belastete ohne seine

4) S. u. §. 102. — 4a) S. u. §. 195. — 4b) S. u. §. 202. — 5) S. §. 114. II. 12. — 6) S. §. 202. am Ende. — 7) Ueber die *actio revocatoria* des Schenkers ob non impletum modum s. u. §. 93. — 8) Vgl. Vering, Röm. Erbr. S. 335 ff.

Schuld an der Erfüllung des modus gehindert wurde. Wenn aber die ganze Hingabe bloss in Hinsicht auf den modus geschah, so fällt bei Nichterfüllung des modus das Geschäft zusammen, und ist das Geleistete revocirbar. Kein erzwingbarer modus ist auch die lediglich im Interesse des Belasteten gemachte Auflage *(nudum praeceptum)*. Im Zweifel, ob etwas eine Bedingung oder ein modus sei, wird das Letztere angenommen (denn in ambiguis id quod minimum est sequimur)[9]).

§. 89. 13) Von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.

I. Ein Rechtsgeschäft ist von Anfang an null und nichtig, wenn eines der essentialia[1]) fehlt *(Nullität)*. Bezieht sich der Ungültigkeitsgrund nur auf ein unwesentliches Stück des Rechtsgeschäftes, so bleibt dasselbe im Uebrigen gültig *(Utile non debet per inutile vitiari)*[2]).

II. Ein rechtsgültig abgeschlossenes Rechtsgeschäft kann auch hinterher ipso iure nichtig werden, wenn eines der zu seinem Fortbestande wesentlichen Stücke nachher wegfällt *(Ruption* oder *Infirmation)*. Bei Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes ist aber nicht noch eine besondere Nichtigkeitsklage *(querela nullitatis)* in der Art nöthig, dass durch deren Durchführung erst die Nichtigkeit entstände und durch deren Verjährung die Nichtigkeit geheilt würde. Eine solche Klage kann nur im Sinne einer Präjudicialklage vorkommen, so dass durch sie die Nichtigkeit des Geschäftes festgestellt würde. Ein solches richterliches Erkenntniss ist immer nöthig nach canon. R. zur Nichtigkeitserklärung von Ehen, und nach canon. R. und deutschen Reichsgesetzen auch zur Nichtigkeitserklärung eines richterlichen Erkenntnisses.

III. Wenn bloss Umstände eintreten, unter denen das Geschäft nicht hätte gültig abgeschlossen werden können, die aber der Existenz des Geschäfts nicht entgegenstehen, so schadet dies dem einmal gültig abgeschlossenen Geschäfte nicht[3]).

Endlich können auch Mängel von Anfang an vorhanden sein oder nachher eintreten, aus denen ein Rechtsgeschäft zwar nicht von selbst ungültig wird, aber wegen welcher es doch von den Interessenten *rescindirt* werden, d. h. der Richter angegangen werden kann, das

9) L. 9. de R. I.; l. 17. §. 2. l. 14. de manum. XL. 4.

§. 89. 1) §. 78. — 2) L. 1. §. 5. de V. O. XLV. 1; c. 37. de R. I. in VIto. — 3) Paul. l. 85. §. 1. de R. I.; l. 3. i. f. de his quae pro non script. hab. XXXIV. 8; l. 98. pr. l. 140. §. 2. de V. O. XLV. 1; §. 14. Inst. de legat. II. 20.

Rechtsgeschäft wieder aufzulösen oder in seiner Wirkung zu vereiteln. Bisweilen bedarf es jedoch zur Constatirung der ipso iure vorhandenen Nichtigkeit erst eines richterlichen Erkenntnisses.

§. 90. 14) Die Convalescenz und die Conversion der Rechtsgeschäfte.

Paul. l. 29. de R. I. L. 17: *Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit.*

1. Ein ungültiges Rechtsgeschäft bleibt ungültig, wenn auch später der Ungültigkeitsgrund hinwegfällt [1]). Soll ein solches Rechtsgeschäft gültig werden, so bedarf es, wenn es ein formloses ist, nach Wegfall des Nichtigkeitsgrundes nur noch des Hinzutretens der Ratihabition [2]). Ist das Geschäft aber ein formelles, so muss es nun in der gehörigen Form neu abgeschlossen werden [3]).

2. *Conversion* ist die Umwandlung eines zunächst gewollten Rechtsgeschäftes, für den Fall, dass dessen Erfordernisse nicht vorhanden und es desshalb ungültig oder rescissibel sein sollte, in ein eventuell gewolltes anderes Geschäft, dessen Erfordernisse vorhanden sind. So z. B. kann ein Testament in Folge der Codicillarklausel als Codicill aufrecht erhalten werden, oder ein von einem Soldaten nach Civilrecht gewolltes, aber den civilrechtlichen Anforderungen nicht genügendes, als privilegirtes Soldatentestament, oder ein als acceptilatio beabsichtigter Erlassvertrag als pactum de non petendo.

§. 91. 15) Die Auslegung der Rechtsgeschäfte.

I. Diese ist, wie die der Gesetze, zunächst eine grammatische, d. h. es entscheidet der gewöhnliche Wortsinn, wenn dieser klar ist.

II. Bleibt dann aber eine Zweideutigkeit oder eine Dunkelheit, so muss der Richter diese durch logische Interpretation zu beseitigen suchen, indem er nun zunächst auf den besonderen Sprachgebrauch des Wohnortes der Parteien und deren individuellen Sprachgebrauch (insbesondere bei brieflichem Abschluss auf den Sprachgebrauch des Wohnorts des Proponenten) Rücksicht nimmt. So namentlich, wenn es sich um Münzen oder Gewicht handelt.

III. Führt dieses nicht zum Ziele, so wird der Sinn angenommen, welcher der Natur des Geschäftes am besten entspricht, und wobei das Geschäft am besten aufrecht erhalten werden kann

§. 90. 1) So bleibt auch ein nach dem alten Gesetze ungültiges Geschäft ungültig, nachdem ein milderes neues Gesetz ergangen ist, welches für künftige Geschäfte der Art nicht mehr Ungültigkeit androht.

2) S. o. §. 83. — 3) Ulp. l. 1. §. 4. de pecun. constit. XIII. 5.

(qui rei gerendae aptior est)[1]. Bei den einseitigen Rechtsverhältnissen, d. h. bei denen nur der eine Theil verpflichtet, der andere Theil bloss berechtigt ist, wird im Zweifel das minimum der Verpflichtungen angenommen[2]. Bei gegenseitig verpflichtenden Geschäften wird im Zweifel zum Nachtheil desjenigen entschieden, von dem die Fassung des Rechtsgeschäftes ausging (qui clarius loqui potuit et debuit)[3].

IV. Endlich gibt es † *causae favorabiles*, zu deren Gunsten im Zweifel entschieden werden soll. Dies sind die *dos*, die *libertas*, das *testamentum*[4] und nach canon. Recht auch die Ehe[5].

V. Ist auf keine dieser Weisen der Inhalt des Rechtsgeschäftes zu ermitteln, so ist das Rechtsgeschäft nichtig[6].

§. 92. 16) Vom Erwerbe eines Rechts durch Veräusserung insbesondere.

I. *Alienatio*, Veräusserung, ist eine durch Rechtsgeschäft unter Lebenden begründete Singularsuccession[1], bei welcher der Eine ein ihm vollständig zustehendes Recht auf den Andern überträgt. Jede alienatio enthält also zwei Bestandtheile, nämlich:

1. die Aufgabe eines bereits vollständig erworbenen Rechtes von der einen Seite, und
2. den Erwerb dieses Rechtes auf der anderen Seite. Im neueren Rechte ist der erste Act, die Entäusserung, stets ungültig, wenn der zweite Act, der Erwerb auf der anderen Seite, ungültig ist. Nach klassischem röm. Rechte galt bei allen streng civilen Rechtsgeschäften, namentlich bei der in iure cessio, der entgegengesetzte Grundsatz[2].

II. Wenn man bloss auf einen möglichen Gewinn verzichtet, so ist dieses zwar eine alienatio im weiteren, aber nicht im engeren und eigentlichen Sinne, sondern zur letzteren gehört, dass Jemand ein ihm vollständig zustehendes Recht auf einen Andern überträgt[3].

§. 91. 1) Cf. l. 67. de R. I.; l. 12. de reb. dub. XXXIV. 5. — 2) L. 9. 34. de R. I. — 3) Cf. l. 39. de pactis II. 14; l. 99. pr. de V. O. XLV. 1. — 4) L. 85. 179. 12. de R. I. L. 17; c. 26. X. de sentent. et re iud. II. 27. — 5) C. 26. X. eod. — 6) L. 3. de reb. dub. XXXIV. 5.

§. 92. 1) S. §. 76. nr. III. — 2) Ulp. XI. 7. XIX. 14; Gai. III. 34.

3) Bei den einzelnen Rechtsvorschriften wird der Ausdruck alienatio bald im weiteren, bald im engeren Sinne gebraucht. So ist das Ausschlagen eines Vermächtnisses eine alienatio im Sinne der Rechtsregel, dass der Pupill ohne obrigkeitliche Genehmigung nichts veräussern könne (l. 5. §. 8. de reb. eor. XXVII. 9.), keine alienatio im Sinne der Rechtsregel, dass der Gläubiger

III. Das Eigenthumsrecht ist veräusserlich, dagegen die übrigen Rechte sind nur selten dem Rechte nach veräusserlich, regelmässig kann bloss die Ausübung eines Rechtes veräussert werden.

§. 93. 17) Von der Schenkung insbesondere[1]).

I. *Schenkung im weiteren Sinne* ist jede Handlung der Freigebigkeit, d. h. wenn man Jemandem etwas weder solvendi noch credendi causa zuwendet. *Im engeren, eigentlich juristischen Sinne* aber ist die Schenkung nur *derjenige Liberalitätsact durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, in welchem eine eigentliche Veräusserung enthalten ist*, also immer auch ein zweiseitiges Rechtsgeschäft vorliegt. Bloss auf die eigentlichen Schenkungen beziehen sich gewisse Eigenthümlichkeiten in der Form, die revocatio propter ingratitudinem und das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten. Worin aber die Schenkung ihrem Inhalte nach bestehe, ob in einem dare (d. h. Uebertragung von Eigenthum oder dinglichen Rechten), oder in einem obligare, oder in einem liberare, ist gleichgültig für den Begriff derselben.

II. Die Schenkungen unter Ehegatten waren schon durch altes Gewohnheitsrecht verboten[2]). Aus dem Vermögen der Bevormundeten darf nichts geschenkt werden, ausser sogenannte munera sollennia (d. h. den Verhältnissen entsprechende Geburtstags-, Namenstagsgeschenke u. dgl.). Zwischen dem Gewalthaber und seinen Kindern, sowie auch unter den letzteren in potestate können überhaupt keine civilrechtlichen negotia, also auch keine Schenkungen stattfinden.

III. Die *lex Cincia de donis et muneribus* (vom Volkstribunen *M. Cincius Alimentus* v. J. 550 d. St.) erklärte das Geben und

nichts in fraudem creditorum veräussern dürfe (l. 6. §. 4. quae in fraud. credit. XLII. 8.). Das Nichtunterbrechen einer bei Beginn der Ehe bereits laufenden Verjährung ist keine alienatio gegenüber dem Verbot der Veräusserung von Dotalgrundstücken (l. 16. de fundo dot. XXIII. 5.), aber es ist eine alienatio für das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten, insofern wenigstens der Werth der Bereicherung zurückgefordert werden darf (l. 5. §. 6. de don. i. v. et un. XXIV. 1. M. s. auch l. 1. pr. in Verbindung mit l. 16. de fundo dot. cit. Vgl. Windscheid §. 69. Note 12.

§. 93. 1) Vatic. fragm. §. 248 sqq.; Inst. II. 7; Dig. XXXIX. 5; Cod. Theod. VIII. 12; Cod. Iust. VIII. 54. de donationibus; Cod. VIII. 55. de donationibus quae sub modo conficiuntur; VIII. 56. de revocandis donationibus; Nov. 52. c. 2; Nov. 162. c. 1. — Vgl. Vangerow I. §. 121 ff.; Keller, Pand. §. 151 ff. und Anhang Bd. II. S. 576. der 2. Aufl.; Savigny, System §. 142—176. u. Beil. IX. u. X; v. Meyerfeld, Die Lehre von den Schenkungen nach röm. Rechte. Bd. I. II. 1. Abth. Marburg 1835. 37.

2) S. §. 219. nr. II.

Nehmen übermässiger Schenkungen für unerlaubt *(donare capere ne liceto)*, ausser die Schenkung geschehe unter gewissen *exceptae personae*. Diese exceptae personae waren Cognaten bis zum 5. Grad und aus dem 6. noch der sobrinus und die sobrina, und die durch väterliche Gewalt, mancipium, manus, oder Ehe mit ihnen verbundenen Personen, die nächsten Affinen (Stief- und Schwiegerverhältniss auf Grund des Verlöbnisses und der Ehe), der Freigelassene, wenn er seinem Patron, der Vormund, wenn er seinem Mündel schenkte, ferner die Cognatin, wenn man ihr zum Zweck ihrer Dotirung schenkte, und endlich derjenige, welcher seinem Lebensretter aus Dankbarkeit schenkte[3]). Welches Mass die lex Cincia anordnete, darüber fehlen alle Nachrichten. Wahrscheinlich waren es nach der Analogie der lex Furia de legatis 1000 asses (vielleicht auch 20,000 Sestertien, analog wie bei der lex Cornelia in Bezug auf Bürgschaften[4]) und wie von Theodos. später für Schenkungen über 200 solidi insinuatio ad acta verlangt wurde)[5]).

Eine Klage auf Rescission und eine Strafe setzte die lex Cincia nicht fest. Sie war also eine lex imperfecta[6]). Ihre Wirkung äusserte sich in einer *exceptio* und *replicatio legis Cinciae*, wodurch der Schenker die Schenkung rückgängig machen konnte, so lange noch irgend ein rechtlicher Verband zwischen ihm und dem geschenkten Gegenstande übrig geblieben war[7]).

Ein blosser Schenkvertrag begründete jetzt, wenn die Schenkung übermässig war, keine wirksame Obligation mehr, sondern die Schenkung war erst dann perfekt, wenn das Versprechen vollständig erfüllt und der Schenker aus jedem Rechtsverhältnisse zu dem geschenkten Gegenstande, selbst aus dem Besitze desselben, vollständig herausgetreten war. Wenn Jemand eine übermässige Schenkung durch Stipulation oder Literalcontract[8]) versprochen hatte, und der Beschenkte klagte aus diesem Versprechen gegen ihn auf Erfüllung, so konnte der Schenker die Klage mit der exceptio legis Cinciae unwirksam machen. Ging die Schenkung auf Eigenthumsübertragung, so musste die Eigenthumsübertragung vollständig erfolgt sein. Bei res mancipi genügte also nicht die blosse traditio[9]), indem hier, bis dass der Beschenkte auf den Titel der Schenkung hin usucapirt hatte[10]), noch immer das nudum ius Quiritium bei dem Schenker zurück blieb, und dieser daher die vindicatio anstellen und die exceptio rei donatae et traditae durch die repli-

3) Paul. lib. sing. ad legem Cinciam; l. 29. D. de legib. I. 3; Fr. Vatican. 266—316. — 4) S. §. 182. nr. III. — 5) S. u. nr. IV. — 6) S. o. §. 11. S. 18. — 7) Vgl. Vangerow, Pand. §. 122. Anm. 1. und die dort Citt. — 8) S. §. 195. 196. — 9) S. §. 68. und u. §. 141. 144. — 10) S. §. 146.

catio legis Cinciae entkräften konnte. Und wenn eine res mobilis den Gegenstand der Schenkung bildete, und es war auch bereits die Eigenthumsübertragung (bei res nec mancipi durch traditio oder in iure cessio, bei res mancipi durch mancipatio oder in iure cessio) erfolgt, so blieb die Schenkung doch noch imperfecta, bis der Beschenkte maiore parte anni im Besitz gewesen war; denn so lange konnte der Schenker noch das interdictum *retinendae* possessionis, das interd. Utrubi[11]) anstellen und die exceptio rei donatae et traditae auch hier durch die replicatio legis Cinciae unwirksam machen.

Stets wurde aber mit dem Tode des Schenkers die donatio imperfecta zu einer perfecta; seine Erben hatten nicht mehr das Recht der Anfechtung[12]).

Jene Regeln und Formen standen zur Zeit der klassischen Juristen in voller Geltung, kamen aber allmählich stillschweigend ausser Gebrauch mit dem Verschwinden der mancipatio und anderer alten Formen und des alten Actionensystems. Für Schenkungen unter Eltern und Kindern hatte Antoninus Pius ausdrücklich alle Förmlichkeiten erlassen[13]).

IV. Constantius Chlorus (der Vater Constantin's) verlangte (a. 305 oder 306 n. Chr.) ausser dem Schenkvertrage bei jeder Schenkung gerichtliche Insinuation (Protokollirung), auch wenn die Schenkung nicht das von der lex Cincia gesetzte Mass überschritt, und nur bei den personae lege Cincia exceptae sollte die Insinuation unterbleiben dürfen. Constantin aber verlangte (im J. 316) sogar bei diesen die gerichtliche Insinuation, und obendrein noch eine Schenkungs-Urkunde und Tradition vor Zeugen. Durch Theodos wurde aber die Schenkungs-Urkunde, und durch Zeno wurden auch die Zeugen bei der Tradition erlassen. Endlich seit Justinian[14]) ist auch die Insinuation nur mehr bei Schenkungen über 300, oder nach einer späteren Bestimmung[15]) nur noch bei Schenkungen über 500 solidi nöthig[16]).

Wo nun die Insinuation erforderlich ist, besteht diese in der gerichtlichen Erklärung der Parteien und einem darüber aufgenommenen beglaubigenden Protokoll. Nach den früheren Constitutionen sollte die Insinuation vor dem competenten Richter ge-

11) S. u. §. 150. — 12) Vat. fr. 259. 266. — 13) Vat. fr. 314. — 14) L. 34. pr. Cod. h. t. VIII. 54. v. J. 529. — 15) L. 36. §. 3. eod. v. J. 531. — 16) Der solidus ist eine Goldmünze von einem alten Reichs-Dukaten = 4 Florin im 18 Gulden Fuss = 2722/9 Gulden im 24½ Gulden Fuss oder 1555/9 Thlr. im 14 Thaler Fuss. Vgl. Franke im Archiv f. civ. Prax. XLVII. 18.

schehen[17]), also vor dem Richter des Wohnortes des Schenkers oder der res sita; nach späterem Rechte soll aber jeder Richter dafür competent sein[18]).

Wenn die Insinuation da, wo sie erforderlich ist, versäumt wurde, ist die Schenkung soweit nichtig, als sie den Betrag von 500 solidi übersteigt[19]). Es kann dieser Mehrbetrag zurückgefordert werden, oder wenn eine Sache von mehr Werth hingegeben ist, so entsteht in Betreff derselben eine communio zwischen dem Schenker und dem Beschenkten. Die ungültige Schenkung bildet auch keinen Usucapionstitel[20]), und der Mangel der Insinuation wird auch (mit Ausnahme der an einen Ehegatten geschehenen Schenkung) nicht durch den Tod des Schenkers gehoben. Nur Schenkungen des Kaisers und an den Kaiser, oder zum Wiederaufbau eines Gebäudes, oder zum Loskauf von Gefangenen, oder die Bestellung einer dos als Geschenk für die Frau und, bis Justinian dieses Letztere wieder aufhob, auch Schenkungen ad pias causas sollten ohne Rücksicht auf ihre Grösse nach justin. Rechte von dem Erfordernisse der Insinuation ganz ausgenommen sein. Nach canon. Recht kann die Insinuation durch eidliche Bekräftigung der Schenkung ersetzt werden.

V. Der Schenkvertrag geschah durch Stipulation[20a]) oder auch durch Literalcontract[20b]), so lange dieser vorkam. Justinian liess aber überhaupt auch das blosse *pactum de donando* klagbar sein[20c]).

Die Klage auf Erfüllung eines Schenkvertrags nennt man heutzutage *condictio ex lege 35. Cod. de donationibus*[21]).

VI. Das Schenkgeschäft bringt stets alle Wirkungen hervor, welche das Geschäft seinem Inhalte nach hervorbringen kann. Eigenthümlichkeiten sind aber:

1) der Schenker braucht keine Verzugszinsen zu leisten, und 2) die Früchte der Sache erst von der litis contestatio[22]) an. 3) Der Schenker hat das *beneficium competentiae deducto omni aere alieno*, d. h. der Schenker zieht zuerst alle anderweitigen Schulden ab und braucht dann von dem Uebrigen nur so viel als Geschenk zu leisten, als er von seinem Lebensunterhalte entbehren kann. 4) Der Schenker braucht regelmässig keinen Ersatz für heimliche Mängel zu leisten, wenn die Sache individuell bestimmt ist, und auch 5) keine Eviction, d. h. keinen Ersatz des Werthes

17) L. 3. Cod. Th. de donat. VIII. 12. — 18) L. 8. Cod. Th. eod. VIII. 12; l. 27. 30. 32. Cod. Iust. eod. VIII. 54. — 19) L. 34. pr. eod. — 20) L. 34. §. 2. Cod. eod. — 20a) S. u. §. 195. — 20b) S. §. 196. — 20c) S. u. §. 218. a. E. — 21) Cod. VIII. 54; Bremer, Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen. In Jhering's Jahrbb. XIII. (1874) S. 89—181. — 22) §. 124.

der als Geschenk hingegebenen Sache für den Fall, dass ein Dritter wegen besseren Rechtes auf das Schenkobjekt dieses dem Beschenkten abstreitet; es muss freilich, wenn eine Sache bestimmter Art versprochen ist und die zuerst geleistete Sache der betreffenden Art dem Beschenkten evincirt wird, demselben eine andere Sache derselben Art, wenn auch nicht nothwendig eine gleich werthvolle hingegeben werden, damit das Schenkversprechen erfüllt werde. 6) Eine Schenkung des Patrons an den libertus und des Vaters an das von ihm emancipirte Kind konnte anfangs willkürlich widerrufen werden. Seit Diocletian können von Seiten des Vaters, seit Philippus auch von Seiten des Patrons nur noch propter ingratitudinem, seit Constantius und Constans auch von Seiten der Mutter, und seit Justinian[23]) überhaupt alle Schenkungen widerrufen werden:

a) *Propter ingratitudinem*, d. h. wegen schwerer wörtlicher Unbill (iniuria atrox), wegen Realinjurien, Lebensnachstellung, Vermögensinjurien, oder endlich Nichterfüllung eines modus[24]). Die Rückforderungsklage (actio revocatoria) ist vindictam spirans[25]), steht also nur dem Schenker selbst, nicht auch dessen Erben zu. Die Klage geht auf die Herausgabe der noch in dem Vermögen des undankbaren Beschenkten vorhandenen Bereicherung, und ferner nicht gegen dritte Besitzer. Ein Verzicht auf die revocatorische Klage, bevor die ingratitudo eingetreten, ist ein pactum turpe und daher unverbindlich.

b) *Propter inofficiositatem*, d. h. wenn die Schenkung den Pflichttheil der Notherben beschränkt, kann sie, soweit sie dieses thut, beim Tode des Schenkers nach kaiserlichen Constitutionen seit Severus[26]) mit der querela inofficiosae donationis revocirt werden, und wenn die Pflichttheilsberechtigten erst nach der Schenkung entstanden sind, mit einer condictio ex lege.

c) *Propter prolem supervenientem* konnte seit Constantius und Constans der Patron, der, während er kinderlos war, seinem Freigelassenen einen grossen Theil seines Vermögens geschenkt hatte, die Schenkung revociren, wenn ihm später noch ein Kind geboren wurde[27]).

VII. *Donatio remuneratoria* ist diejenige, welche den Charakter der Wiedervergeltung an sich trägt; diese hat die Eigenthümlichkeit, dass keine revocatio ob ingratitudinem zulässig ist; im Uebrigen gilt hier Alles, wie bei jeder andern donatio.

VIII. Eine *donatio sub modo* erzeugt eine Klage auf Erfüllung

23) L. 10. Cod. h. t. — 24) S. §. 88. — 25) §. 114. nr. II. 19. — 26) S. §. 262. nr. IV. — 27) L. 8. Cod. h. t.

des modus, und statt dieser konnte man nach röm. Rechte auch mit einer condictio (actio revocatoria) auf Rückgabe des Geschenkes klagen[28]).

Bestand der modus in der Leistung von Alimenten, so kann bei Nichterfüllung desselben sogar eine vindicatio (d. h. eine auch gegen jeden dritten Besitzer wirksame Klage zur Geltendmachung des Eigenthums) des Hingegebenen angestellt werden[29]). Soll ein Dritter in Folge des modus später das Geschenk restituirt erhalten, so kann dieser Dritte seinerseits mit einer *utilis actio* auf Herausgabe dringen[30]).

IX. Es kann Jemand auch sein ganzes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen schenken, aber dieses begründet keine Universalsuccession. Schenkt Jemand sein ganzes Vermögen, so ist im Zweifel nur das gegenwärtige, nicht auch das zukünftige Vermögen gemeint.

§. 94. III. Von den unerlaubten Handlungen und von der culpa[1]).

I. Unerlaubte Handlungen oder Delicte sind Handlungen, bei denen eine subjektive Illegalität, d. h. ein strafbarer Wille (culpa) und eine objektive Illegalität, d. h. eine äussere Verletzung eines fremden Rechts, zusammentreffen.

II. Die Römer unterschieden unter den unerlaubten strafbaren Handlungen die *crimina publica* et *extraordinaria*, welche beide öffentliche Strafen nach sich zogen[2]), und die *delicta privata*, bei denen die Strafsumme dem siegreichen Kläger zugesprochen wurde, sei es nun, dass der Verletzte selbst, oder dass irgend Jemand aus dem Volke im Namen des verletzten öffentlichen Interesses (mit einer Popularklage) als Kläger auftrat. Heutzutage finden in den meisten Fällen der bei den Römern sehr zahlreichen

28) S. §. 88. S. 178; l. 2. 3. 6. 8. Cod. de condict. ob caus. IV. 16; l. 10. Cod. de rev. don. VIII. 56. — 29) L. 1. Cod. de donat. quae sub mod. VIII. 55. — 30) L. 2. Cod. de iis quae sub mod. leg. VI. 45; l. 3. Cod. de donat. quae sub modo VIII. 55.

§. 94. 1) Hasse, Die culpa des röm. Rechts. 2. Aufl. von Bethmann-Hollweg. 1838; Ders. in der Ztschr. f. gesch. Rw. Bd. IV. Nr. 5; Vangerow I. §. 105 ff. Man s. auch Jhering, Das Schuldmoment im röm. Privatrecht. Giessen 1867; Bruns in Holtzendorff's Encycl. III. 1. §. 58 f. S. 391—94; Kniep, Ueber Contractsculpa. Rostock 1873. Vgl. auch M. Voigt, Ueber den Bedeutungswechsel gewisser die Zurechnung und den oeconomischen Erfolg einer That bezeichnenden technischen latein. Ausdrücke. Des VI. Bds. der philol. hist. Classe der k. sächs. Gesellsch. der Wissensch. Nr. I. Leipzig 1872. fol.

2) Vgl. o. §. 52. S. 126.

delicta privata öffentliche oder Polizeistrafen statt[3]). Darin stehen sich aber schon nach röm. Rechte öffentliche und Privatdelicte einander gleich, dass Niemand dadurch seine Lage juristisch verbessern kann, und dass der Schuldige zum Schadenersatz verpflichtet ist.

III. Ohne ein besonderes Obligationsverhältniss kann Niemand einem Andern zu einem positiven Thun verpflichtet sein, so dass er wegen Unterlassung dieses Thuns haftbar würde. Ausser Obligationsverhältnissen kann man sich daher eines Eingriffs in die Rechtssphäre des Andern nur schuldig machen durch ein positives Thun (culpa in faciendo). Die lex Aquilia[3a]) stellte zuerst eine umfassendere Haftpflicht wegen Beschädigung fremder Sachen und fremden Vermögens auf, und man hat daher die culpa in faciendo auch *culpa Aquiliana* genannt, soweit man davon absieht, ob durch die Handlung zugleich eine besondere obligatorische Verpflichtung verletzt wird oder nicht. Durch ein Obligationsverhältniss kann man aber sowohl zu einem facere wie zu einem non facere verpflichtet werden. Ein schuldvolles Zuwiderhandeln gegen die durch ein Obligationsverhältniss begründete Verpflichtung, etwas zu thun oder zu unterlassen, nennt man *culpa extra legem Aquiliam*, und diese kann also sowohl in faciendo, wie in non faciendo (oder omittendo) bestehen.

IV. Bei der culpa unterscheidet man folgende Stufen:

1. den *dolus* (Arglist), d. h. das wissentliche Unrechtthun aus verächtlichen Motiven[4]).

2. Die *culpa lata*, Fahrlässigkeit, negligentia desidiae, d. h. den Mangel der Aufmerksamkeit, die man von jedem vernünftigen Menschen erwarten darf, (si id non intelligitur, quod omnes intelligunt)[5]), das ganz kopflose Handeln — oder auch das wissentliche Unrechtthun aus lobenswerthen Motiven. Auch der Mangel derjenigen diligentia in fremden Angelegenheiten, quam quis *suis rebus* adhibere solet (mangelnde † diligentia in concreto) begründet in gewissen Fällen culpa lata, weil die schlechte Behandlung fremder Angelegenheiten gegenüber den eigenen egoistisch und verwerflich ist[6]).

3. Die *culpa levis*, d. h. der Mangel derjenigen Aufmerksamkeit, welche ein besonnener Mann (diligens pater familias) in gleicher

3) Vgl. d. Lehre v. d. *obl. ex del.* §. 204 ff. — 3a) S. u. §. 211. — 4) Cf. l. 7. §. 7. de dolo malo IV. 3; l. 7. pr. depos. XVI. 3; l. 8. §. 10., l. 29. pr. mandati XVII. 1; l. 14. §. 2. de custod. reor. XLVIII. 3. — 5) Cf. l. 213. §. ult.; l. 223. de V. S. L. 16; l. 7. §. 7. de dolo malo IV. 3; l. 7. pr.; l. 8. §. 10; l. 29. pr. mandati XVII. 1; l. 11. de incend. XLVII. 9. — 6) Vgl. l. 32. depos. XVI. 3; l. 22. §. 3. ad S. C. Trebell. XXXVI. 1.

Lage vermieden haben würde[7]). Wenn Jemand wegen omnis culpa, d. h. für dolus, culpa lata und levis haftet, so sagt man, er müsse diligentiam † in abstracto leisten.

V. Ein Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens ist, soweit nicht ein bestehendes Vertragsverhältniss einen solchen gewährt, regelmässig nur wegen dolus des Thäters begründet. Nur wenn die besonderen Voraussetzungen der lex Aquilia begründet sind, haftet der Thäter wegen jeder wenn auch noch so geringen culpa, und ist er nur frei von der Verbindlichkeit zum Schadenersatze, wenn ein casus, d. h. ein vom menschlichen Willen unabhängiges Ereigniss vorliegt *(„in lege Aquilia et levissima culpa venit")*[8]). Am Vortheilhaftesten ist es daher, sich, wenn es möglich ist, auf eine culpa Aquiliana des Gegners zu berufen, was man auch, wenn die Voraussetzungen dafür vorhanden sind, gegenüber dem durch eine obligatio Verpflichteten thun kann, indem man von der Obligation desselben, die ihn vielleicht nicht auch wegen blosser levis culpa haftbar macht, absieht.

VI. In Obligationsverhältnissen haftet derjenige, welcher aus der Obligation keinen Vortheil hat, der Regel nach bloss für dolus und culpa lata, und derjenige, welcher einen Vortheil aus dem Geschäfte hat, sei es allein oder mit dem anderen Theile, haftet für omnis culpa.

Ausnahmsweise muss aber 1. der Mandatar, der negotiorum gestor und der debitor, welcher in moram solvendi gekommen ist (d. h. seine Leistung durch seine Schuld verzögert hat), für omnis culpa haften, wenn er auch keinen Vortheil aus dem Geschäfte hat.

2. Umgekehrt braucht derjenige, welcher operae liberales (Dienste, die eine besondere körperliche oder geistige Disposition voraussetzen, wie z. B. die von Advocaten, Lehrern, Aerzten, Hebammen) gegen ein Honorar leistet, ferner der precario accipiens und ebenso der debitor, welcher sonst für omnis culpa haften müsste, dessen Gläubiger sich aber in mora accipiendi befindet, bloss für dolus und culpa lata zu haften.

3. Endlich haftet der socius in Societätsverhältnissen und bei der communio incidens der quasi socius, der Ehemann in Betreff der dos (restituenda) und der tutor in Mündelsangelegenheiten nur für sog. *diligentia † in concreto*, oder *diligentia quam in suis rebus adhibere solet*, d. h. er kann leichte Versehen damit entschuldigen,

7) Cf. l. 31. in fine, l. 52. §. 4. ad leg. Aq. IX. 2; l. 18. pr. commod. XIII. 6; l. 25. §. 7. locati XIX. 2; l. 137. §. 2. 3. de V. O. XLV. 1; §. 5. Inst. de locat. III. 25. — 8) Ulp. l. 44. pr. ad leg. Aq. IX. 2; §. 3. Inst. de leg. Aq. IV. 3.

dass er beweist, er mache es in seinen eigenen Angelegenheiten nicht besser.

Wenn Jemand sogar für levis culpa haften muss, so kann er sich nur dadurch von der Haftung frei machen, dass er beweist, es liege casus vor; denn dass wenigstens levis culpa vorliege, wird praesumirt. Soll Jemand aber wegen dolus oder culpa lata haften, so muss ihm sein dolus oder seine culpa lata nachgewiesen werden. Bisweilen geht jedoch der dolus unmittelbar aus den Umständen der That selbst hervor, so dass es keines besonderen weiteren Beweises für denselben mehr bedarf (probatio doli ex re[9]); es gibt aber keine praesumtio doli)[10]).

VII. Wenn Jemand, um einen Vertrag abzuschliessen, seinerseits die dazu nöthige Thätigkeit vornimmt, aber dieser Vertrag aus einem in seiner Person oder in seinen Rechtsverhältnissen liegenden Grunde ungültig ist, so haftet der Betreffende aus Billigkeitsgründen und nach der juristischen Consequenz und Analogie bei Beschädigung des Andern für denselben Grad von culpa, für welchen er im Falle der Perfection des Vertrags haften müsste, (sog. † *culpa in contrahendo*) und zwar kann auf Ersatz des Schadens mit der Klage aus dem Contracte geklagt werden, welcher beabsichtigt war. Als Schadensersatz kann aber hier natürlich nur das sog. negative Vertragsinteresse, d. h. dasjenige gefordert werden, was man haben würde, wenn die den Abschluss des Vertrags bezweckenden Handlungen gar nicht vorgenommen worden wären. In dieser Weise entscheiden die Quellen ausdrücklich den Fall, wenn Jemand eine res extra commercium oder eine gar nicht existirende Erbschaft verkauft hat[11]). Ohne Zweifel dürfen aber diese Entscheidungen auf andere analoge Fälle ausgedehnt werden, z. B. auf den Fall, wenn ein Vertrag wegen wesentlichen Irrthums eines Contrahenten nichtig, dieser Irrthum aber von dem anderen verschuldet ist (wie z. B. wenn der Eine von dem inzwischen geschehenen Widerruf des Andern keine Kenntniss erhielt und sich desshalb darauf verliess, dass ein Vertrag zu Stande gekommen sei, oder wenn der Vertrag durch Boten oder Briefe oder telegraphisch abgeschlossen, aber wegen falscher Bestellung des Boten oder wegen eines Schreibfehlers nichtig ist)[12]).

9) L. 1. §. ult. depos. XVI. 3; l. 8. §. 9. mand. XVII. 1; l. 7. pr. de administr. et peric. tutor. XXVI. 7; l. 17. de exc. rei iud. XLIV. 2; l. 5. Cod. de iniur. IX. 35; l. 1. Cod. ad leg. Corn. de sicc. IX. 16. — 10) L. 18. §. 1. de probat. XXII. 3; l. 6. Cod. de dolo malo II. 21; l. 2. §. 1. de doli mali except. XLIV. 4; l. 1. §. 2. eod. — 11) Modestin. l. 62. §. 1. de contr. emt. XVIII. 1. Vgl. §. 5. Inst. de emt. et vend. III. 23; l. 8. §. 1. de relig. XI. 7. Iavolen. l. 8. 9. de her. vend. XVIII. 4.

12) Vgl. Jhering in den Jahrb. f. Dogmat. IV. S. 1 ff.; Goldschmidt,

Anders construirt hier Windscheid, Pand. Bd. 2. §. 308. die Haftung für das negative Vertragsinteresse. Er sagt: „Wird durch das von dem Erklärenden gewählte Mittel der Erklärung sein Wille unrichtig mitgetheilt, so kommt auf das Erklärte zwar kein Vertrag zu Stande, da es dem Willen nicht entspricht, aber der Urheber der Erklärung haftet dem anderen Theil auf Ersatz des Schadens, welcher demselben dadurch erwachsen ist, dass er auf das Zustandekommen des Vertrags gerechnet hat." Man dürfe nicht, fügt Windscheid in Note 6. zu §. 308. hinzu, mit Jhering hier den Gesichtspunkt der Verschuldung geltend machen; aber Windscheid widerlegt sich hier selbst, indem er die Haftung für das negative Vertragsinteresse ausschliesst, falls keine solche culpa in contrahendo vorliegt. Er fügt nämlich in §. 308. bei: „Der Erklärende haftet nicht, wenn die mit der Uebersendung seiner Erklärung beauftragte Mittelsperson dieselbe wissentlich falsch übermittelt, oder wenn die unrichtige Mittheilung seiner Erklärung die Folge von Umständen ist, welche ausser aller Berechnung liegen, wie z. B. wenn der beauftragte Bote unterwegs in Geistesstörung verfiele."

§. 95. IV. Von der Erlöschung der Rechte.

I. Hierzu sind wie zur Entstehung der Rechte Handlungen nothwendig, jedoch sind es selten eigene Handlungen des Berechtigten, durch welche das Recht erlischt.

II. Man unterscheidet Erlöschungsgründe *ipso iure*, wo ein vorhandenes Recht durch den Eintritt einer Thatsache unmittelbar so zerstört wird, dass es nicht wieder aufleben kann, z. B. eine Schuldforderung durch Zahlung; und Erlöschungsgründe *ope exceptionis*, wo dem Rechte nur ein anderes Recht gegenüber tritt, durch dessen Geltendmachung es vernichtet werden kann, so dass das eine Recht nicht durch das andere ope exceptionis aufgehoben werden kann, wenn das letztere wegfällt, bevor es geltend gemacht ist.

III. Es lassen sich nicht alle Erlöschungsgründe der Rechte auf dasselbe Princip zurückführen, obschon ein solches in dem Satze ausgedrückt zu sein scheint: *nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est*[1]). Es gibt aber noch viele andere Erlöschungsgründe, als das Gegentheil des Entstehungsgrundes. Die Erlöschungsgründe sind bei den verschiedenen Rechten verschieden. Allgemeine Erlöschungsgründe sind ausser

1. dem Gegentheil des Entstehungsgrundes folgende:

der Lucca-Pistoja-Aktienstreit. Frankf. 1859. S. 85 ff. und Nachtrag dazu S. 24 ff. Jhering, der Lucca-Pistoja-Aktienstreit. Darmst. und Leipzig 1867. Vangerow, I. §. 109.

§. 95. 1) Ulpian. l. 35. de R. I. L. 17; vgl. l. 8. 46. de acq. vel amitt. possess. XLI. 2; l. 153. de R. I.

2. Der Verzicht, d. h. einseitiges Aufgeben eines Rechts ohne gleichzeitige Uebertragung auf einen Andern[2], (z. B. Aufgeben des Eigenthums, Ausschlagen eines Vermächtnisses)[3], oder auch Ausschlagen eines bloss möglichen Erwerbs, (z. B. eines angebotenen Geschenkes). Hierin liegt ein Unterschied von der Veräusserung[4], bei der das Recht schon erworben sein muss. Es gehört dazu ein dispositionsfähiges Subjekt, Kenntniss von dem aufzugebenden Rechte und ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des animus renunciandi. Bei zweiseitigen Rechtsgeschäften ist auch eine Acceptation des Verzichtes nöthig. So bei zweiseitigen Obligationen, bei Urbanservituten und beim Pfandrecht. Es kann auf alle Rechte verzichtet werden, ausgenommen, wenn mit dem Rechte eine wesentliche und nicht bloss (wie z. B. die Steuerzahlung) ausserwesentliche Verbindlichkeit zusammenhängt. Hat einmal ein Verzicht rite stattgefunden, so ist damit das Recht absolut erloschen (Ad renunciata non fit regressus). Ein Verzicht muss aber stricte interpretirt werden, und wer sich auf den Verzicht beruft, muss denselben beweisen. War der Verzicht ein genereller, so ist bei jedem einzelnen Rechte der Gegenbeweis zulässig, dass es nicht in den Verzicht eingeschlossen sei.

3. Der Erwerb des Rechtes von Seiten eines Andern.

4. Als Folge des Satzes: „*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*“[5]) ergibt sich für jeden derivativen Erwerb der Satz: *resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum.*

5. Eintritt der dem Geschäfte beigefügten Resolutivbedingung oder des *dies ad quem.*

6. Zusammentreffen von Recht und correspondirender Verbindlichkeit in derselben Person *(confusio).*

7. Physischer oder juristischer Untergang des Objekts.

8. † *Concursus duarum causarum lucrativarum*, d. h. wenn Jemand aus einem lucrativen Geschäfte, z. B. in Folge eines Vermächtnisses, einen Anspruch auf eine Sache hat, und sodann dieselbe in specie (d. h. die Sache selbst, nicht bloss den Preis derselben) aus einem anderen lucrativen Geschäfte, wenn auch von einem Anderen her, erwirbt, so erlischt sein Anspruch aus dem ersten lucrativen Geschäfte[6]. Hätte aber hier der Bedachte die

2) Vgl. o. §. 76. — 3) Cf. l. 5. §. 8. Dig. de reb. eor. etc. XXVII. 9. — 4) Vgl. o. §. 92. — 5) S. o. §. 76. nr. II. S. 158. — 6) §. 6. Inst. de legat. II. 20; Sell, Ueber die römische rechtl. Aufhebungsart der Obligation durch concursus duar. caus. lucrativ. Zürich 1839.

Sache bereits titulo *oneroso*, z. B. durch Kauf erworben, so müsste der Erbe den Kaufpreis erstatten [7]).

§. 96. V. Von dem Concurs und der Collision der Rechte [1]).

I. *Concurs* ist das Zusammentreffen mehrerer vollständig begründeter Rechte in demselben Subjekte oder Objekte. Die blosse Concurrenz hindert noch nicht das Nebeneinanderbestehen oder Nebeneinanderausüben der Rechte.

II. Es können aber mehrere gleichzeitig begründete, gleichstarke Rechte derart in ihrem Inhalte zusammentreffen, dass thatsächlich durch die Ausübung des einen Rechtes die Ausübung des anderen ausgeschlossen wird. Wie eine solche *Collision* zu schlichten sei, ist bei einzelnen Rechten speziell vorgeschrieben (z. B. entscheidet unter mehreren Pfandrechten Privileg und Alter). In anderen Fällen, z. B. unter mehreren gutgläubigen Besitzern, geht das Recht desjenigen vor, der sich im Besitze befindet (in pari iure melior est condicio possidentis), oder entscheidet, wie z. B. unter mehreren Peculiumshandelsgläubigern, die Prävention, d. h. das Recht geht vor, das zuerst geltend gemacht wird (prior tempore potior iure) [2]). Wo diese Regeln nicht entscheiden, beschränken sich die miteinander collidirenden Rechte gegenseitig nach Verhältniss ihres Umfanges und ihrer Stärke [3]), oder heben sich wechselseitig auf [4]). Auch kann eventuell eine Entscheidung durch das Loos getroffen werden [5]).

7) §. 6. Inst. de leg. II. 20. vgl. überhaupt l. 17. 19. Dig. de O. et A. XLIV. 7; l. 34. §§. 2. 7. 8, l. 82. pr. §§. 4. 6, l. 108. §. 9. Dig. de leg. I. (30); l. 73. l. 87. pr. Dig. de leg. II. (31); l. 21. §. 1. Dig. de leg. III. (32).

§. 96. 1) Boecking, Pand. I. §. 128; Wächter, Handb. II. §. 76; Unger, Syst. I. §. 70. — 2) L. 32. de proc. III. 3; l. 13. de iud. V. 1; l. 14. pr. de nox. act. IX. 4; l. 10. de pecul. XV. 1; l. 4. de in rem verso XV. 3; l. 19. de re iud. XLII. 1. — 3) L. 33. de legat. I. 1; l. 6. §. 7. quae in fraud. credit. XLII. 1. — 4) L. 42. 43. de cond. inst. XXVIII. 7. — 5) L. 14. de iudic. V. 1.

Kapitel VII.

Von dem Einflusse der Zeit.

§. 97. Von den verschiedenen Zeitabschnitten[1].

I. Das Jahr hatte unter Romulus 10 Monate mit 304 Tagen (oder 38 achttägigen Wochen, = *nundinum*)[2], seit Numa 355 Tage, und alle zwei Jahre wurde zwischen dem 23. und 24. Februar ein mensis Mercedonius eingeschaltet.

Nach dem im Jahr 709 d. St. von Julius Cäsar eingeführten (Julianischen), von Gregor XIII. im Jahr 1581 in Betreff der Schalttage verbesserten Kalender hat das Jahr 365 Tage, und alle 4 Jahre wird zwischen dem 23. und 24. Februar ein dies intercalaris eingeschaltet; jedoch nach dem Gregor. Kalender wird in drei auf einander folgenden Saecularjahren die Einschaltung unterlassen, im vierten Saecularjahre aber wie regelmässig alle vier Jahre wieder vorgenommen. Der Schalttag wird dadurch der 24. Februar und bildet bei gesetzlich oder richterlich bestimmten Zeitfristen mit dem folgenden Tage, dem 25., zusammen juristisch einen einzigen Tag. (Dies sextus prior et posterior ante Calendas Martias[3]). Biduum pro uno habetur)[4]. Bei vertragsmässig festgestellten Zeiträumen muss der Schalttag als besonderer Tag gezählt werden[5].

§. 97. 1) Mommsen, Die röm. Chronologie bis auf Cäsar. Leipzig 1859, und gegen diese Schrift: Hartmann, Zum röm. Calender. Götting. 1860; Huschke, Röm. Studien. Th. I. Das alte röm. Jahr und seine Tage. Breslau 1868; Helfferich, Der altröm. Kalender. Frankf. a. M. 1869; Savigny, System. Bd. 4. §. 177—80. 192—94. und Beilage XI.

2) S. u. unter nr. III.

3) D. h. nach Mommsen der 24. resp. 25., nach Arndts wegen des Rückwärtszählens von den nächsten Calenden an umgekehrt. Nach heutigem Rechte fällt der Schalttag übrigens unbestritten auf den 24. (nicht den 29.) Februar, weshalb auch der Matthiastag (24.) im Schaltjahr auf den 25. rückt.

4) L. 98. de V. S. L. 16. — 5) Arndts, in dem Jahrb. des gem. R. III. 10. und in Ges. civ. Schr. Bd. 1. S. 42 ff.; Mommsen, Jahrb. des gem. R. III. 14; vgl. auch Bekker, ebendas. S. 137; Vangerow, Bd. I. §. 197.

II. Ein Monat bezeichnet im Zweifel den Zeitraum von 30 Tagen[6]).

III. Die Woche *(nundinum)* betrug bei den Römern ursprünglich 8 Tage, und die *nundinae* oder Markttage bildeten den letzten Tag der verflossenen und den ersten Tag der nächsten Woche, so dass immer 7 Tage zwischen zwei Nundinen lagen. An den nundinae ruhte die schwere Arbeit und wurden dagegen die Markt- und andere städtische Geschäfte besorgt. Als feriae (oder Feiertage) gehörten die nundinae ursprünglich auch zu den *dies nefasti*, an denen kein Gericht und keine comitia curiata und centuriata gehalten wurden, bis die lex Hortensia vom Jahr 467 d. St. sie zu dies fasti machte. Comitia tributa fanden aber von jeher an den nundinae statt. Seit Ende der Republik wurde durch die Juden die Sabbathfeier und die siebentägige Woche bekannt und vielfach nachgeahmt. Dies thaten denn auch die Christen, nur mit dem Unterschiede, dass sie den Sonntag als Auferstehungstag Christi feierten. Seit Theodosius finden sich daher in den Calendarien neben oder statt der 8 Nundinalbuchstaben (A, B, C, D, E, F, G, H, die man bis dahin vor dem Datum notirte), die 7 Buchstaben des christlichen Wochencyclus. Und schon von Constantin an waren an den Sonntagen die städtischen Handwerke, Festspiele, Wettrennen und Theater untersagt, während man die Märkte zur Bequemlichkeit der Landleute auf die Sonntage verlegte[7]).

IV. Der Tag umfasst juristisch auch die Nachtstunden mit, also den Zeitraum von 24 Stunden. Bei den Römern wechselte aber die Grösse der Stunden je nach den Jahreszeiten. Denn sie unterschieden die 24 Stunden des Tages in 12 Stunden des Tages von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang (horae diei, lucis, dies naturalis) und die 12 Stunden der Nacht von Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang (horae noctis). Auf diese Weise gehörten auch die aufeinanderfolgenden 12 Stunden der Nacht zwei verschiedenen Kalendertagen an. Das Ende der hora sexta noctis war Mitternacht, das Ende der hora sexta diei Mittag.

V. Neben der Eintheilung der Zeit in unbewegliche Zeitabschnitte, feststehende Kalenderzeiten (Kalenderjahre, Kalendermo-

6) L. 40. Dig. de reb. cred. XII. 1; l. 11. §. 6. d. 29. §. 5. Dig. ad leg. Iul. XLIII. 5; l. 1. §. 10. Dig. ad SC. Turpill. XLVIII. 16; l. 22. §§. 1. 2. Cod. de iur. delib. VI. 30; Nov. 115. cap. 2. Unbestimmtere Berechnungen (meist zu 31 Tagen cf. l. 2. l. 5. pr. Cod. de temp. et rep. app. VII. 63; l. 101. Dig. de R. I. L. 17; cf. auch l. 12. Dig. de statu hom. I. 5; l. 3. §. 12. Dig. de suis XXXVIII. 16.)

7) Dig. L. 11. Cod. IV. 60. Nov. Theod. 27: De nundinis et mercatoribus; Theod. Cod. II, 8; Iust. Cod. III. 12. De feriis; Orelli I. n. 508.

nate) ist noch eine Eintheilung der Zeit in bewegliche, d. h. durch juristische Thatsachen (wie z. B. die Alterszeit durch die Geburt) in ihren Anfangs- und Endpunkten bezeichnete Abschnitte (Zeitjahre, Zeitmonate, Zeittage) zu unterscheiden.

§. 98. Von dem tempus continuum und utile[1]).

Wenn bei Berechnung eines Zeitraums alle aufeinanderfolgenden Zeittheile angerechnet werden, so spricht man von *tempus continuum*, und dieses bildet die Regel. Werden dagegen ausnahmsweise bloss die benutzbaren Zeittheile angerechnet, so dass alle Tage ausfallen, an denen wegen zufälliger, vorübergehender Hindernisse, z. B. wegen Unkenntniss, Krankheit, Gefangenschaft, Abwesenheit, Gerichtsferien (dies nefasti) das fragliche Recht nicht ausgeübt werden konnte, so nennt man dies *tempus utile*. Von diesem kann nur die Rede sein, wenn es sich um die Versäumung gerichtlicher Handlungen und um eine durch Rechtssatz vorgeschriebene Zeit von höchstens einem Jahre handelt[2]). Das neuere römische Recht hat bereits das tempus utile mit seiner schwierigen Berechnung in mehreren Fällen, wo es vorkam, abgeschafft[3]), und die neueren Particularrechte haben es durchweg ganz beseitigt.

§. 99. Von der Berechnung der Zeit († computatio civilis und † naturalis)[1]).

I. Regelmässig rechnen die Römer nach ganzen Tagen, und zwar im Falle, dass es sich um den Erwerb eines Rechts handelt, genügt es schon, wenn der letzte Tag der Frist angefangen hat († Dies coeptus habetur pro impleto)[2]). Dagegen wenn es sich

§. 98. 1) Dig. II. 12. De feriis et dilationibus et diversis temporibus; Cod. III. 12. De feriis; Savigny, Syst. IV. 189—191; Keller, Pand. §. 74. — 2) L. 1. §. 7—10., quando app. XLIX. 4; l. 2. quis ordo XXXVIII. 15; l. 1. de div. temp. praescr. XLIV. 3; vgl. Arndts, Ges. civ. Schr. Bd. 1 S. 55 ff. — 3) S. z. B. u. §. 134.

§. 99. 1) Dig. XLIV. 3. De divers. temp. praescriptionibus et de accessionibus possessionum; Savigny, Syst. IV. 182—188; Keller, Pand. 73; Vangerow, I. §. 196.

2) Cf. l. 132. 134. de V. S. L. 16; l. 6. 7. de usurp. XLI. 3; l. 15. de div. temp. praescr. XLIV. 3; l. 1. de manum. XL. 1; l. 5. qui testam. XXVIII. 1. — Diesen Satz wollen jedoch einige Neuere, z. B. Bachofen, Ztsch. f. Civilr. und Proc. XVII. S. 64 ff. 335 ff., Windscheid, Pand. §. 103. ohne Grund nicht als Regel, sondern als blosse besondere Bestimmung für die einzelnen in den Quellen angegebenen Fälle gelten lassen, nämlich in Betreff des Alters des anniculus (s. o. §. 49. VII. S. 120.), des zur Freilassung (s. o. §. 46. S. 103.) und zur Testamentserrichtung befähigenden Alters und in Betreff der Ersitzungszeit.

bloss um den Verlust eines Rechtes handelt, muss der letzte Tag der Frist völlig abgelaufen sein (novissimus totus dies completus ess debet)[3]. Die Berechnung nach ganzen Tagen nennt man † *computatio civilis.*

II. Ausnahmsweise wird a momento ad momentum gerechnet (heutzutage † *computatio naturalis* genannt), nämlich bei Berechnung der minor aetas für eine in integrum restitutio[4], und nach der Praxis[5] auch bei Berechnung der Appellationsfrist (tempus fatale).

§. 100. Von der Verjährung als Grund des Erwerbes oder Verlustes von Rechten[1].

I. Verjährung ist die kraft gesetzlicher Bestimmung durch Zeitablauf erfolgende Umwandlung eines thatsächlichen Zustandes in einen Rechtszustand. Die Verjährung kommt nicht bei allen Rechtsinstituten vor, sondern sie ist nur aus Zweckmässigkeitsgründen, namentlich um den Beweis der Rechte zu sichern, bei einigen Rechtsinstituten und auch bei diesen in verschiedenem Umfange vom positiven Rechte eingeführt. Da die Verjährung im öffentlichen Interesse eingeführt ist, kann sie da, wo sie gesetzlich vorgeschrieben ist, auch nicht durch Vertrag ausgeschlossen werden[1a], obgleich natürlich ein Verzicht auf die durch die Verjährung bereits erworbene Berechtigung stattfinden kann.

II. Die Römer hatten auch keinen generellen Namen für die verschiedenen Arten der Verjährung, sondern sie zählten dieselben einzeln auf. Im canonischen Rechte kam der Name † *praescriptio* als allgemeine Bezeichnung auf, während die Römer nur von *praescriptio temporis* (d. h. Einrede der Zeit) redeten[2].

III. Nach den Wirkungen unterscheidet man eine † *praescriptio acquisitiva* (Erwerbsverjährung, Ersitzung) und † *extinctiva* (aufhebende, erlöschende Verjährung), je nachdem durch den Zeitablauf ein Recht erworben wird oder verloren geht.

IV. Nach den Erfordernissen bezüglich der Zeitdauer unter-

3) Cf. l. 6. de O. et A. XLIV. 7; l. 1. §. 9. de succes. ed. XXXVIII. 9. — 4) S. u. §. 104; vgl. l. 3. §. 3. de minor. IV. 4. — 5) Cf. Nov. 23. c. 1: „intra decem dierum spatium a recitatione sententiae numerandum".

§. 100. 1) Unterholzner, Ausführl. Entwickl. d. gesammten Verjährungslehre. 2. Aufl. von Schirmer. Leipzig 1858; Buchka, Der unvordenkliche Besitz des gem. deutsch. Civilrechts. Heidelberg 1841; Savigny, Syst. Bd. 4. §. 195—201. Weitere Literatur bei Arndts, Pand. §. 21. Vgl. auch dess. Ges. civ. Schr. Bd. 1. S. 77 ff.

1a) S. o. §. 9. S. 17. — 2) Vgl. c. 1. de praescr. in VIto. II. 13; c. 26. x. de V. S. V. 40.

scheidet man eine † *praescriptio definita*, *certorum annorum*, wobei es auf eine bestimmte Zeitdauer ankommt, und † *praescriptio indefinita*, *immemorialis*, unvordenkliche Zeit, wobei der Ursprung des Zustandes in Dunkel gehüllt, also nicht nachweisbar ist, wann und wie derselbe begonnen habe, so dass desshalb praesumirt wird, es sei der fragliche Zustand auf rechtmässige Weise begründet worden.

V. Bloss folgende Grundsätze gelten allgemein für jede Verjährung:

1. † *Actioni nondum natae non praescribitur*, d. h. die Verjährung einer Klage beginnt nicht, bevor die Verbindlichkeit des Beklagten im vorliegenden Falle so vollständig begründet ist, dass die Anstellung der Klage gegen denselben rechtlich als möglich erscheint[3]).

2. † *Agere non valenti non currit praescriptio*, d. h. die Verjährung wird gehemmt, so lange der Anstellung der Klage ein rechtliches Hinderniss entgegensteht[4]).

3. Die Verjährung muss *continua* sein, d. h. der thatsächliche Zustand darf nicht unterbrochen sein[5]).

4. *Bona fides* war nach römischem Rechte nur zur Acquisitivverjährung des Eigenthums erforderlich, und auch hier nur beim Beginn der Verjährung: sie ist aber nach canonischem Rechte stets erforderlich; jedoch die Praxis des bürgerlichen Rechts hat das Erforderniss der bona fides bloss angenommen für die Acquisitivverjährung und die Verjährung von Klagen auf Rückgabe einer bestimmten species. Stets muss aber die bona fides nach canonischem Rechte eine continua sein.

VI. Die unvordenkliche Zeit, † *praescriptio immemorialis*, kommt unter dem Namen *vetustas*, cuius non exstat memoria[6]) bei den Römern vor, um festzustellen, ob ein Vicinalweg eine via publica oder privata, ferner ob eine actio aquae pluviae arcendae ausgeschlossen sei, und ob ein aquaeductus Jemandem aus einem öffentlichen Wasserbehälter (castella, rivi u. dgl.) zustehe[7]). Nach canonischem Recht kann auf unvordenkliche Zeit ein

3) L. 7. §. 4. l. 18. §. 4. Cod. de praescr. trig. vel quadrag. ann. VII. 39; l. 13. §. 4. de pignor. XX. 1; l. 9. §. 3. de pign. act. XIII. 7; vgl. auch u. §. 114. nr. II. 9., und über das Detail Vangerow I. §. 147. — 4) Vgl. §. 118. nr. III. — 5) L. 2. Cod. de acquir. et retin. poss. VII. 32; l. 10. eod.; l. 26. Cod. de rei vind. III. 32; l. 2. Cod. de ann. exc. Ital. contr. VII. 40; Arndts, Ges. civ. Schr. Bd. 1. S. 116 ff. — 6) Vgl. l. 28. de prob. et praes. XXII. 3. — 7) L. 1. §. ult.; l. 3. pr. de locis et itiner. public. XLIII. 7; l. 1. §§. 2. 3. l. 2. pr. §§. 1. 3. 5. 7. 8. l. 26. de aqua XXXIX. 3; l. 3. §. 4. de aqua quot. XLIII. 20; l. 7. Cod. de serv. et aq. III. 34.

Hoheitsrecht, namentlich die Ausdehnung der bischöflichen oder seelsorgerlichen Gewalt auf Bezirke einer fremden Diöcese oder Pfarrei gestützt werden[8]) und gelten seit unvordenklicher Zeit erhobene Abgaben als rechtmässig[9]), sogar die Erhebung von Zehnten seitens des Bischofs in einer fremden Diöcese oder seitens des Pfarrers in einer fremden Pfarrei[10]). Nach deutschen Reichsgesetzen genügt die unvordenkliche Zeit zur Begründung der Steuerfreiheit eines Grundstückes[11]), sowie zur Exemtion von gewissen Gerichtsständen[12]); aber im alten germanischen Rechte wurde die unvordenkliche Zeit allgemein bei allen Rechten angewandt, und dieser generelle Charakter derselben ist nach Reception des römischen Rechtes beibehalten worden.

Wer sich auf unvordenkliche Zeit beruft, muss durch Zeugen[13]) oder auch durch Urkunden oder Eid beweisen, dass während der gegenwärtigen Generation der thatsächliche Zustand immer derselbe gewesen sei, und dass man aus der vorausgegangenen Generation nicht wisse, wann und wie es so geworden sei. Der Gegner kann aber den Gegenbeweis darauf richten, entweder der fragliche Zustand trage gar nicht den Rechtscharakter an sich, oder es sei eine Unterbrechung während der letzten Generationen vorgekommen, oder der Ursprung des fraglichen Zustandes sei nicht in Dunkel gehüllt, sondern sei auf diese oder jene Weise begründet. Ein blosser Gegenbeweis, dass der betreffende Zustand zu irgend einer früheren Zeit nicht bestanden habe, genügt nicht, weil sich dieses im Allgemeinen von selbst versteht.

Die neuere Gesetzgebung entgeht den vielfachen, besonders betreffs der Beweisfrage sich ergebenden Zweifeln dadurch, dass sie das ganze Institut der unvordenklichen Zeit über Bord geworfen hat[14]).

8) C. 26. X. de V. S. V. 40; c. 1. de praescr. in VIto. II. 13. — 9) C. 21. 26. X. de V. S. V. 40. — 10) C. 1. in VIto. de praescr. II. 13. — 11) Reichsabsch. v. Augsburg v. J. 1548 §. 56. 59. 63. 64; R. A. v. Regensburg v. J. 1567. §. 102. 105. — 12) Goldene Bulle c. 8. §. 1. cf. c. 28. §. 4.

13) Die Zeugen müssen nach ihrer Erinnerung wenigstens über die letzten 40 Jahre, d. h. ein ganzes Menschenalter aussagen können (arg. l. 14. Cod. de fund. patrim. XI. 61. l. 7. Cod. de fund. rei priv. XI. 65; c. 1. in VIto. de praescr. II. 13.), und verlangte man deshalb in der Praxis oft sogar, dass sie wenigstens 54 Jahre alt, d. h. 40 Jahre über die Pubertät hinaus, seien.

14) Vgl. Unger, System Bd. 2. S. 256.

Kapitel VIII.

Die Sicherung und Vertheidigung der Rechte[1]).

§. 101. Von der Protestation und Reservation.

I. *Protestation* ist eine Erklärung, wodurch man sich gegen eine nachtheilige Auslegung einer fremden oder einer eigenen Handlung sichern will[1]). Niemals aber kann Jemand sich durch eine Protestation von einer gesetzlichen Haftung befreien[2]). Auch darf sie gegenüber einer eigenen Handlung nicht ipsis factis contraria sein, d. h. mit der eigenen Handlung in unvereinbarem Widerspruch stehen[3]).

II. *Reservation* ist die Protestation, welche man bei Uebertragung eines Complexes von Rechten vornimmt, um zu verhindern, dass ein oder mehrere bestimmte einzelne Rechte, die eigentlich auch in dem Complexe mit enthalten sind, als ebenfalls übertragen angesehen würden; sie soll also die Annahme des Verzichts auf ein Recht ausschliessen[4]).

§. 102. Von den Cautionen[1]).

I. Im Allgemeinen bedeutet *Caution* jedes Mittel zur Sicherstellung eines Rechtes; im engeren Sinne bezeichnet man als *Cau-*

1) Keller, der röm. Civilprozess und die Aktionen. 4. Aufl. Leipzig 1871; Rudorff, Röm. Rg. Bd. II. S. 1—329; Bethmann-Hollweg, der Civilprozess des gem. R. in geschichtlicher Entwickelung. B. I—III: Der röm. Civilprozess. Bonn 1864—66.

§. 101. 1) Z. B. der Erbe übernimmt die Verwaltung der Nachlassmasse ausdrücklich nur custodiae oder pietatis causa, nicht um die Erbschaft anzutreten, cf. l. 20. §. 1. de acq. et om. her. XIX. 2; vgl. auch c. 54. X. de appell. II. 28. — 2) L. 7. pr. naut. caup. stab. IV. 9. — 3) L. 14. §. 8. de relig. XI. 7; l. 20. §. 1. de acq. et om. her. cit. — 4) L. 4. §. 1. quib. mod. pign.. XX. 6.

§. 102. 1) Gai. IV. 88—102; Inst. III. 18. de divisione stipulationum. IV. 11. de satisdationibus; Dig. II. 8. qui satisdare cogantur vel iurato promittant vel suae promissioni committantur; XLVI. 5. de stipulationibus praetoriis; Cod. II. 57. de satisdando. — Dig. XLII. 4. quibus ex causis in possessionem eatur; XLII. 5. de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendendis; XLIII. 4. Ne vis fiat ei qui in possessionem missus est; Cod. VII. 72. de bonis auctoritate iudicis possidendis seu venundandis et de separationibus bonorum. — Schirmer, Ueber die prätorischen Iudicialstipulationen. Greifswalde. 1853; Keller, Civilpr. §. 77; Bethmann-Hollweg, Civilpr. §. 119 f.

tionen die Nebenverträge, wodurch man die Sicherheit eines schon vorhandenen oder zukünftigen Rechtes bezweckt.

II. Man unterscheidet nothwendige Cautionen *(cautiones necessariae)*, d. h. solche, die vom Gesetz oder Richter aufgelegt sind, und freiwillige *(cautiones voluntariae)*, wo die Verpflichtung zu ihrer Leistung durch Vertrag oder durch letzten Willen begründet ist. Eine durchgreifende Regel bei den gesetzlichen Cautionen ist, dass es bei ihnen nicht darauf ankommt, ob in dem gerade vorliegenden Falle wirklich auch eine faktische Veranlassung vorhanden ist, Caution zu fordern, oder nicht. Eine richterliche Caution dagegen wird nur dann vom Richter aufgelegt, wenn man demselben nachweist, dass in dem gerade vorliegenden Falle ein Recht gefährdet sei.

III. Die cautiones necessariae oder sog. *praetoriae stipulationes*[2]) waren entweder *iudiciales*, welche einem iudicium seinen Fortgang und seinen Erfolg sichern sollten, (z. B. iudicatum solvi, ex operis novi nunciatione)[3]), oder *cautionales*, welche eine neue Klage begründen sollten und „instar actionis habent", d. h. für sich schon einen Stoff zur Angehung des Magistrats bildeten, ohne einen anderen Prozess schon vorauszusetzen, (z. B. ratam rem haberi, damni infecti, die cautio legatorum servandorum des Erben für den Legatar, wenn das Legat an eine Bedingung oder an einen dies geknüpft ist), oder *communes*, d. h. die vadimonia (Bürgschaftsleistungen), welche die Bestimmung der beiden ersteren in sich vereinigten — („veluti rem salvam fore pupilli[4]);" „quae fiunt iudicio sistendi causa")[5]).

IV. Andererseits unterschied man bei den Römern auch in Rücksicht auf die Form ihrer Begründung die cautiones, welche durch Stipulation (Verbalcontract) begründet wurden, in *conventionales*, d. h. die des gewöhnlichen Verkehrs, und diesen gegenüber die *stipulationes praetoriae*, d. h. die vor dem Prätor (in iure), und die *stipulationes iudiciales*, die vor dem iudex (in iudicio) geleistet werden mussten, und die *communes*, d. h. die sowohl in iure als in iudicio vorkommen konnten, wie die stipulatio, rem salvam fore pupilli[6]).

V. So oft es sich bloss um die Begründung eines sonst nicht vorhandenen Anspruchs (z. B. einer Strafforderung, die nicht schon

2) Pompon. l. 5. pr. de V. O.; Inst. de divis. stipul. III. 19. — 3) Vgl. über die Prozesscautionen unten §. 112. 122. 123. 150. nr. II. 2. — 4) L. 52. pr. de V. O. XLV. 1. — 5) L. 1. de stip. praet. XLVI. 5; l. 35. §. 2. de proc. III. 3; Leg. Rubr. c. 19. — 6) L. 5. pr. de V. O. XLV. 1; Inst. III. 19. De divisione stip.

im Gesetze begründet ist) handelt, genügt eine blosse Verbalcaution, und diese ist entweder eine eidliche (cautio iuratoria oder adiuratoria) oder eine bloss promissorische (nuda repromissio, d. h. bei den Römern Stipulation). Dagegen, wenn die Erfüllung eines Anspruchs gesichert, eine Gefahr für die Erfüllung des Rechtsgeschäfts abgewendet werden soll, so bedarf es einer Realcaution (satisdatio). Der Fiscus und die Städte sind stets frei von Realcaution (fiscus semper solvendo est), und wer genügenden Grundbesitz hat oder eine Realcaution zu leisten nicht im Stande ist, braucht statt der Realcaution bloss eine juratorische Caution zu leisten.

VI. Die Realcaution besteht gewöhnlich in Bürgschaft[7]), oder Pfandbestellung[8]). Sie kann aber auch bestehen in der von den Parteien oder dem Gerichte geschehenden Hinterlegung der Streitsache für die Dauer des Streites bei einem unbetheiligten Dritten (Sequestration)[9]), oder in richterlicher Einweisung in den Besitz eines ganzen Vermögens, oder einzelner Vermögensstücke *(missio in possessionem)*, wodurch der Immittirte die custodia (Innehabung der Sachen) und zu seinem Schutze eine actio in factum und das *interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est* erlangt[10]); oder endlich in richterlicher Arrestverfügung und zwar, indem entweder die Freiheit des Aufenthalts einer Person beschränkt (Personalarrest), oder die Disposition über die Vermögensgegenstände verhindert wird (Realarrest).

§. 103. Von der Selbsthülfe[1]).

I. Regelmässig sollen verletzte Rechte auf gerichtlichem Wege verfolgt werden. Eine Selbsthülfe ist nur ausnahmsweise erlaubt:

1. wenn die Staatshülfe nicht so schnell erlangt werden kann, so dass sonst unser Recht verloren ginge. Hierher gehört namentlich der Fall der Nothwehr, d. h. der Abwehr eines ungerechten Angriffs auf unser Recht; jedoch darf die Nothwehr nicht die

7) S. §. 182. — 8) S. §. 162 ff. — 9) Muther, Sequestration und Arrest im römischen Rechte. Leipzig 1856. — 10) Im Einzelnen sind die Wirkungen und Folgen der Immissionen verschieden: s. u. §. 122. von der *contumacia*, §. 135. von der *Execution*, §. 139. nr. II. von dem *damnum infectum*, §. 171. vom *richterl. Pfandrechte*, und im Erbrecht die *immissiones hereditatis tuendae causa* und *legatorum nomine*.

§. 103. 1) Tit. Cod. Quando liceat unicuique sine iudice se vindicare. III. 27; Schmitt, Die Selbsthülfe im röm. Privatrecht. Erlangen 1868.

zur Abwehr nöthigen Mittel überschreiten (moderamen inculpatae tutelae).

2. Das römische Recht erlaubte speciell dem pater familias die eigenmächtige Tödtung des in seinem oder seines Schwiegersohnes Hause in turpitudine ertappten Ehebrechers (wobei aber nach der lex Iulia de adulteriis v. Jahr 736 d. St. der Vater vom Schwiegersohne zugezogen sein und zugleich die ehebrecherische Tochter mit getödtet werden musste)[2]), des ertappten Entführers und des fur nocturnus. Diese Bestimmungen sind aber nicht recipirt.

3. Der gewaltsam aus einem Grundstücke Dejicirte darf den Dejicienten mit Gewalt sofort wieder entsetzen.

4. Zum Schutz des durch einen Neubau des Nachbars bedrohten Grundstückes kann man sich durch einen Privatakt schützen, und zwar durch eine *operis novi nunciatio* oder durch eine *prohibitio*, durch letztere auch gegen sonstige uns nachtheilige Veränderungen am Grundstücke des Nachbars[3]). Auch kann, wenn Jemand unbefugt eine Wasserleitung über ein fremdes Grundstück leitet, der dominus des betreffenden fundus diese eigenmächtig abschneiden (iure suo intercidere)[4]).

5. Unter folgenden Voraussetzungen darf man eine Sache bis zur Befriedigung eines Gegenanspruchs retiniren, d. h. einstweilen vorenthalten und sich durch eine exceptio doli im bisherigen Besitze der Sache schützen[5]):

a) Die Sache muss sich gegenüber dem ihre Herausgabe Verlangenden nec vi, nec clam, nec precario im Gewahrsam des Retinirenden befinden. Einerlei ist es aber, wem die Sache gehört, indem sie sogar dem Retinirenden selbst gehören kann, und einerlei ist es auch, ob der Gegner durch die Retention vielleicht grossen Schaden hat.

b) Die Forderung, um deren Willen man retiniren will, muss rechtsgültig sein; jedoch genügt dazu schon eine obligatio naturalis.

c) Die Forderung muss mit der Sache connex sein, d. h. in gewissem Zusammenhang stehen, und dies ist der Fall:

α) wenn die Forderung aus Impensen auf die Sache herrührt;

β) wenn sie aus demselben Geschäfte entspringt, aus dem der Andere einen Anspruch auf die Sache erhebt, z. B. bei der exceptio nondum adimpleti contractus, und bei contractus bilaterales inaequales kann man sich der Retention bedienen, statt die actio contraria anzustellen;

2) Coll. IV. 2. §. 3—9. 12; Paul. II. 26. 2; l. 20—23. 32. Dig. ad leg. Iul. de adult. XLVIII. 5. — 3) S. §. 214. nr. XVI. f. — 4) L. 29. §. 1. ad leg. Aquil. IX. 2. — 5) Vgl. auch Arndts, Zur Lehre vom Retent. R. in Ges. civ. Schr. Bd. 1. S. 99 ff.

γ) es kann auch in der Sache selbst der unmittelbare Entstehungsgrund der Forderung, wegen welcher man retinirt, liegen.

6. Das deutsche Recht kennt als eine Art von Selbsthülfe zum Schutze des Grundbesitzes noch das eigenmächtige Pfändungsrecht von fremdem Vieh, welches auf unserem Grund und Boden weidet, und an beweglichen Sachen, die der unser Grundstück Betretende mit sich führt. Es wird hier durch die Pfändung eine praesumtio iuris begründet, dass der etwaige Schaden an dem Grundstücke durch den Gepfändeten oder dessen Vieh verursacht sei. Für die Existenz und den Betrag des Schadens wird aber keine Vermuthung begründet[6]).

II. Abgesehen von jenen Fällen ist die Selbsthülfe durch öffentliche[7]) wie auch durch Privatstrafen verpönt. Es wurde in letzterer Hinsicht zunächst in der *lex Iulia de vi* (von Caesar i. J. 708 d. St.) und in einem *decretum divi Marci Antonini* bestimmt, der Gläubiger solle, wenn er durch eigenmächtige Hinwegnahme von Sachen des Schuldners oder nach der späteren erweiterten Fassung des Decrets auch durch eigenmächtige Erzwingung einer Tradition sich zu befriedigen suche, seine Forderung verlieren (ius suum amittit, d. h. ohne dass eine Naturalobligation übrig bleibt)[8]).

Valentinian, *Theodosius* und *Arcadius* bestimmten[9]) ferner, der Eigenthümer solle durch gewaltsames eigenmächtiges Wegnehmen der Sache sein Eigenthum verwirken, und „qui *alienarum* rerum possessionem invaserit“ solle, wenn sich später herausstelle, dass er nicht einmal das Eigenthum an der Sache gehabt habe, ausser dieser zur Strafe auch noch ihren vollen Werth herausgeben.

Nach canon. Recht soll die gewaltsame Einnahme eines Curat-Beneficiums den Verlust des Rechts zur Folge haben[10]), und durch die K(ammer) G(erichts) O(rdnung) von 1521[11]) und den R(eichs) A(bschied) von 1532[12]) ist die obige Constitution von *Theodos* noch bestätigt worden; jedoch hat die Praxis vielfach an die Stelle dieser Privatstrafe bloss eine öffentliche Strafe gesetzt.

6) Vgl. Beseler, Deutsch. Privatr. §. 55; Gerber, Deutsch. Privatr. §. 69—71. — 7) Die Criminalstrafe war bei den Römern Verlust eines Drittheils des Vermögens und Infamie, l. 8. de vi. XLIII. 16.

8) Callistr. l. 7. ad leg. Iul. de vi privata XLVIII. 7; l. 13. quod metus causa IV. 2. Beide cit. Stellen theilen nach derselben Schrift (Callistrat. lib. 5. cognitionum) das Decr. divi Marci mit, weichen aber dennoch in ihrer Fassung von einander ab, so dass eine der Stellen sicher interpolirt ist, vgl. Vangerow, Pand. Bd. 1. §. 133. M. s. ferner l. 12. §. 2. quod met. causa IV. 2; Nov. 52. c. 1. Nov. 134. c. 7.

9) L. 7. Cod. unde vi VIII. 4. — 10) C. 18. de praeb. in VIto. III. 4; c. 42. X. de appell. II. 28. — 11) K. G. O. v. 1521. Tit. 32. §. 2. — 12) R. A. v. 1532. Tit. 3. §. 15.

Die römische Gerichtsverfassung.

§. 104. Von dem Imperium und der iurisdictio der römischen Magistrate.

I. Man unterschied *magistratus maiores* (consul, praetor, dictator, praeses provinciae, und der seit der Kaiserzeit aufgekommene praefectus urbi und praefectus praetorio) und *magistratus minores* (Aedilen und Quaestoren).

Die gesammte Amtsgewalt der *magistratus maiores* hiess *imperium* oder *potestas*. Die *magistratus minores* hatten kein imperium, sondern nur eine *iurisdictio*, und auch diese war bei ihnen eine niedere, beschränktere. Das imperium der magistratus maiores umfasste einerseits die iurisdictio, d. h. die Civilgerichtsbarkeit, enthielt aber ausserdem noch das imperium im engeren Sinne, und dieses war theils das *imperium mixtum*, d. h. die Executivgewalt, theils das *imperium merum*, d. h. die von dem Volke oder dem Kaiser besonders zu verleihende Criminalgerichtsbarkeit[1]). Die iurisdictio umfasste das gesammte officium magistratus in Bezug auf Privatstreitigkeiten und privatrechtliche Verhältnisse, also einerseits das *iudicare* und *iudicari iubere* (iurisdictio im engeren Sinne, *iurisdictio contentiosa*, streitige Gerichtsbarkeit), andererseits auch die legis actio oder *iurisdictio voluntaria*[2]), wie z. B. die Ertheilung der bonorum possessio, die missio in possessionem, die Auferlegung von Cautionen[3]). Sprichwörtlich fasste man die Aufgabe der iurisdictio in die tria verba zusammen: *dare*, *dicere*, *addicere*[4]).

II. Die Grenze zwischen der höheren und niederen Gerichtsbarkeit der höheren und niederen Magistrate war nicht nach der Natur der Sache, sondern durch Herkommen, theils mit Rücksicht auf den Inhalt, theils mit Rücksicht auf die Form der Jurisdictionshandlungen bestimmt. Mit Rücksicht auf ihren Inhalt waren z. B. den höheren Magistraten die Handlungen rerservirt, durch welche neue Rechte gegeben werden sollten, wie die in integrum restitutio, und von derartigen Handlungen wurde daher gesagt, sie wären „magis imperii quam iurisdictionis“[5]). Mit Rücksicht auf die Form galt als ein Vorrecht der höheren Magistrate insbesondere die legis actio[6]), welche Anderen nur ausserordentlicher Weise verliehen wurde[7]).

§. 104. 1) L. 3. de iurisdictione II. 1; l. 1. 5. de off. eius I. 21. — 2) Vgl. o. §. 77. S. 161. — 3) L. 2. pr. de off. proc. I. 16. — 4) Varro de L. L. v. 4; Macrob. Saturn. I. 16. — 5) L. 4. de iurisd. II. 1; l. 26. pr. §. 1. ad municip. L. 1. — 6) Vgl. o. §. 77. nr. VI. — 7) Paul. II. 25; l. 4. Cod. de vind. manum. VII. 1.

III. Das imperium merum konnte (ebenso wie die ebenfalls auf spezieller Verleihung beruhende Obervormundschaftsgewalt) auch nicht einmal der Ausübung nach auf einen Anderen übertragen werden, wohl aber die iurisdictio und mit dieser auch die iudicis datio und so viel von der Executivgewalt, d. h. vom imperium mixtum, als zur Ausübung der iurisdictio nöthig war *(iurisdictio mandata)*, jedoch alles dieses nur der Ausübung, nicht dem Rechte nach, also ohne die Befugniss des Weitermandirens und einer neuen selbstständigen Gerichtsinstanz[8]). Die iurisdictio konnte aber auch bloss für einzelne bestimmte Prozesse und Prozessgattungen an Jemanden übertragen werden *(iurisdictio delegata)*.

Den Gegensatz zur iurisdictio mandata und delegata bildet die *iurisd. ordinaria*, d. h. die, welche Jemandem kraft seines Amtes zusteht[9]).

§. 105. Die einzelnen Recht sprechenden Magistrate und die ihnen zur Seite stehenden Richter.

I. In der ältesten Zeit sprach der König selbst Recht, später die Consuln; aber weil diese zu häufig wegen der zahlreichen Kriege abwesend sein mussten, so wurde als collega consulum im J. 387 d. St. für die Rechtspflege ein praetor (urbanus), und im J. 507 d. St. ein zweiter praetor (peregrinus), letzterer für die Streitigkeiten der Peregrinen in Rom untereinander und mit den Römern, bestellt.

Eine niedere Jurisdiction, hauptsächlich für Markt- und Polizeisachen, hatte die Aedilen.

II. In den *Städten, welche in Italien oder den Provinzen mit der Civität oder der Latinität* beschenkt waren, hatten die zwei oder vier Bürgermeister (duoviri, quattuorviri), oder aediles, oder ein dictator, praetor, die Rechte der Magistrate; nur ihre Disciplinargewalt war mehr beschränkt, indem sie kein besonderes poenale iudicium einleiten konnten. Als Stellvertreter der duoviri werden praefecti, namentlich kaiserliche Präfekten genannt, wenn eine Stadt, wie es vorkam, den Kaiser zum höchsten Magistrate erwählt hatte.

III. In den Provinzen hatten die praesides provinciae die Macht der höheren Magistrate, und die Quaestoren die Rechte und Stellung der Aedilen[1]).

8) L. 4. 5. de officio eius cui mand. est iurisd. I. 21; l. 3—6. de iurisdict. II. 1; l. 12. §. 1. de iud. V. 1. — 9) Ueber die weitere Entwickelung der Begriffe von mandirter und delegirter Gerichtsbarkeit im canon. Rechte vgl. Vering, Lehrb. des Kirchenr. §. 142.

§. 105. 1) Vgl. o. §. 17. nr. I.

IV. *Hadrian* theilte ganz Italien, ausser Rom, in vier Bezirke, denen er *consulares* mit den Rechten eines Provinzialstatthalters vorsetzte. Dieselben hiessen seit Marc. Aurel *iuridici*[2]). Sie hatten für ihren Bezirk das imperium und die Entscheidung der Sachen, „quae magis imperii quam iurisdictionis sunt", und seit dieser Zeit datirte wohl die Beschränkung der iurisdictio der Municipal-Magistrate auf eine bestimmte Summe[3]).

V. Seit der Kaiserzeit wurde der Kaiser für das ganze Reich der oberste Richter, für Rom und Italien vermöge seiner tribunicia potestas, für die Provinzen vermöge der potestas proconsularis. Ferner wurde allmählich die Zahl der Prätoren vermehrt, und namentlich ein besonderer *praetor fiscalis*, *fideicommissarius*, *tutelaris*, und einer für alle *causae liberales* (d. h. wo es sich um die Freiheit eines Menschen handelte) eingesetzt[4]). Auch wurde die allmählich nur selten mehr ausgeübte iurisdictio der Consuln[5]) von Augustus wieder ausdrücklich auf Vormundschafts- und Fideicommisssachen erweitert, so dass der Kläger sich nach seiner Wahl entweder an den Consul oder an den betreffenden Prätor wenden konnte. Endlich setzte Augustus noch als neue Beamten mit einer mandata iurisdictio als seine Stellvertreter den *praefectus urbi* als Appellationsinstanz über den Prätor für alle städtischen Appellationen[6]) und den *praefectus praetorio*[7]) als dritte Instanz neben seine eigenen directen Entscheidungen in dritter Instanz. Es gab also jetzt drei Instanzen; jedoch oftmals entschied auf besonderes Bitten einer Partei der Kaiser selbst schon in erster oder zweiter Instanz. Der Kaiser entschied unter Zuziehung seines Consistoriums. Anfangs hatten die Mitglieder des consilium principis nur berathende Stimme, bis zuletzt ein förmliches Collegium, das *consistorium principis*, daraus wurde, d. h. ein eigentlich collegialisches Gericht, dessen Beisitzer nicht bloss berathende, sondern jeder eine entscheidende Stimme hatten. Aehnlich war es jedenfalls auch bei dem Collegium der centumviri[8]). Ueberhaupt aber kamen in der Kaiserzeit bei den höheren Gerichten Gehülfen als assessores oder consiliarii vor, die zwar kein Urtheil sprechen, aber doch für die Instruction der Sachen bis zum Urtheil sorgen sollten[9]).

VI. Die römischen Magistrate konnten übrigens, bis Diocletian[10])

2) Vatic. fragm. §. 232; l. 41. §. 5. de fideic. libert. XL. 12. — 3) Paul. V. 5. §. 1; l. 28. ad munic. L. 1. vgl. mit l. 11. pr. de iurisdi. I. 21. — 4) L. 2. §. 32. de O. I. I. 2; l. 1. Cod. si manc. ita venierit. IV. 55. — 5) Cf. Gell. XII. c. 13. princ. — 6) Sueton. Octav. 33; Dig. I. 12. de officio praef. urbi. — 7) S. o. §. 16. S. 27. — 8) S. §. 106. — 9) Dig. I. 22. Cod. I. 51. — 10) S. u. §. 108.

die Zahl derselben so bedeutend vermehrte, nicht alle Fälle selbst bis zum Urtheil durchführen; sie thaten dies nur ausnahmsweise *(extraordinaria cognitio)* [11]); gewöhnlich leiteten sie den Prozess vor ihrem Tribunale (d. h. *in iure)* nur ein und übertrugen die weitere Untersuchung und Entscheidung (die dann das Verfahren *in iudicio* hiess) entweder an einen Gerichtshof *(decemviri stlitibus iudicandis, centumviri)* oder an Privatrichter *(iudices, arbitri, recuperatores).*

VII. *Ordo iudiciorum* nannten die Römer die Gerichts- und Prozessordnung im Allgemeinen[12]) und die ältere republikanische insbesondere[13]); nicht verstanden sie darunter, wie Manche gemeint haben, die Theilung des Richteramtes in das Verfahren *in iure* und *in iudicio* [14]).

§. 106. Von den decemviri und centumviri insbesondere[1]).

I. Servius Tullius hat wahrscheinlich schon die *decemviri*[2]) *stlitibus* [= litibus] *iudicandis* als Richter für Privatsachen eingeführt. Cicero[3]) erwähnt sie als Richter in Sachen der Freiheit und der Civität. Augustus machte sie zu Directoren des Centumviralgerichtes[4]), mit welchem sie wohl auch schon ursprünglich in einer Verbindung gestanden haben mögen[5]).

II. Das *Centumviralgericht* war ein, wahrscheinlich auch schon von Servius Tullius eingesetzter (wie auch die decemviri bereits in der lex Horatia[6]) unter den plebejischen Behörden aufgeführter) Gerichtshof für Eigenthums-, Familien- und Erbschaftssachen[7]).

Der Gerichtshof war mit Rücksicht auf die Plebejer eingesetzt,

11) Cf. Dig. L. 13. — 12) Cf. l. 23. §. 3. quod met. IV. 2; l. 1. §. 6. de postul. III. 1. l. 50. de evict. XXI. 2. — 13) Cf. l. 56. §. 3. mand. XVII. 1. — 14) S. §. 114. nr. II. 1.

§. 106. 1) Münderloh, Aus der Zeit der Quiriten. Weimar 1872. S. 191 ff. — 2) Wahrscheinlich ist zu l. 31. de inoff. testam. V. 2. die Inscription: Paulus. libr. sing. de *septemviralibus iudiciis* umzuändern in: *decemviralibus iudiciis.* — 3) Cic. pro Caecin. 33. pro domo 29. fin. — 4) Sueton. Octav. 36; Plin. ep. V. 21.

5) Münderloh, a. a. S. 197 ff. meint, „die Decemviri hatten gleiche Geschäfte; jene traten in allen Fällen als die regelmässigen Richter ein, wenn nicht der eine oder andere Theil die Centumviri recusirte und auf Entscheidung durch die Decemviri antrug.“ Ebenso gut könnte man aber auch das Umgekehrte vermuthen.

6) Cf. Liv. III. 55. — 7) Cic. de orat. I. 38; Gai. IV. 95. Vgl. Bethmann-Hollweg, Ueber die Competenz des Centumviralgerichts, in Ztschr. für gesch. Rechtswissenschaft. Bd. 5. (1825) S. 358—400.

indem aus jeder der 35 tribus 3 centumviri genommen waren[8]), so dass ihrer 105 waren, später, etwa seit Augustus, vielleicht die doppelte Zahl; denn Plinius[9]) erwähnt 180 centumviri als in einer Plenar-Versammlung anwesend. Ueber die Besetzung des Centumviralgerichts wissen wir nur, dass eine jährliche Erneuerung desselben nicht stattfand[10]).

Die Sitzungen zweier vereinigten Abtheilungen (duplex iudicium) sowie des Plenums (quadruplex iudicium) wurde vom Prätor selbst geleitet[11]). Gewöhnlich urtheilte aber nur eine der 4 Abtheilungen, in welche das Cemtumviralgericht zerfiel und zwar durchaus selbstständig und ohne Appellation an das Plenum[12]). Die einzelne Section hiess *consilium*, *tribunal*, *hasta*, *hastae consilium*. (Die hasta wurde nämlich aufgepflanzt als Zeichen des strengen quiritarischen Rechts)[13]).

Die centumviri hatten nicht bloss, wie die Privatrichter, über das Factische, sondern über das ganze Rechtsverhältniss zu erkennen[14]), und sie erhielten daher nicht, wie die Privatrichter, eine besondere Instruction (formula) von Seiten des Prätors. Man wandte vor den centumviri das alte Legisactionenverfahren an, auch noch nachdem dieses im Uebrigen durch das Verfahren per formulas beseitigt war[15]). Eigenthümlicher Weise war vor ihnen auch kein litis consortium zulässig, d. h. es konnten nicht mehrere Kläger oder Beklagte in demselben Prozesse vorkommen.

Seit Augustus das Centumviralgericht reorganisirte, hatte es eine besonders grosse Bedeutung[16]). Aus der Praxis desselben sind sogar mehrere neue Rechtssätze hervorgegangen, z. B. der, dass die substitutio simplex im Zweifel als duplex gelten solle (causa Curiana)[17]) und die querela inofficiosi testamenti[18]).

Das Centumviralgericht ist im 4. Jahrhundert nach Christus untergegangen und wird zuletzt vom heil. Hieronymus erwähnt. Justinian gedenkt auch noch der magnitudo et auctoritas centumviralis iudicii[19]), aber ohne dass man daraus auf ein Fortbestehen jenes Gerichts bis auf Justinian's Zeit schliessen könnte.

§. 107. Iudices, arbitri und recuperatores.

I. Cicero spottete in der oratio pro Murena[1]) darüber, dass

8) Paul. Diac. ex Fest. s. v. centumviralia. — 9) Plin. ep. VI. 33. — 10) Sueton. Oct. 36. — 11) Plin. ep. V. 21. I. 18., IV. 24., VI. 33. — 12) Vgl. Rudorff, Röm. Rgsch. Bd. 2. S. 32. — 13) Cf. Gai. IV. 16. in fine. — 14) Cic. de orat. I. 38. 56. pro Caec. 18. Quinct. IV. 2. 5. — 15) Gai. IV. 31. — 16) Tacitus de oratore c. 38. — 17) S. §. 260. nr. II. — 18) S. §. 263. — 19) L. ult. Cod. de petit. her. III. 31.

§. 107. 1) C. 12. i. f.

die Juristen einen Unterschied zwischen *iudices* und *arbitri* aufstellen wollten, ohne zu wissen welchen. Vielleicht waren *arbitri*, die immer in der Mehrzahl vorkamen, ursprünglich mehr blosse Sachverständige, oder die Richter bei iudicia bonae fidei und arbitraria, und die *iudices* die eigentlichen Schiedsrichter, oder die Richter bei stricti iuris iudicia. (Im weiteren Sinne werden übrigens schon während der Republik und noch häufiger in der Kaiserzeit auch die rechtsprechenden Magistrate iudices genannt)[2]).

Es war ein altes Vorrecht der römischen Bürger, sich durch Vereinbarung einen iudex auszuwählen[3]), der dann von dem Magistrate mit der weiteren Untersuchung und Entscheidung beauftragt, und auf gewissenhafte Führung seines Amtes vereidigt wurde[4]). Vereinbarten sich die Parteien nicht, so bestimmte der Magistrat den iudex.

Während der Republik wurde es üblich, dass der praetor urbanus jährlich eine Liste von Senatoren, später auch von Rittern aufstellte, die zu Richtern tauglich wären (album iudicum selectorum). Augustus vermehrte in den *leges Iuliae iudiciariae (publicorum* und *privatorum iudiciorum*, zwei parallelen jedoch getrennten allgemeinen Ordnungen für die Straf- und Civilrechtspflege) dieses album von drei auf vier Decurien, jede von etwa 1000 Bürgern. Die erste Decurie bestand aus Senatoren mit einem Census von 8—12000 Asses; die zweite aus Rittern mit einem senatorischen Census; die dritte aus Rittern mit der Hälfte des senatorischen Census; die neue vierte (ducenarii) aus Plebejern, mit dem vierten Theil des senatorischen Census, für geringfügige Sachen. Unter Caligula kam eine fünfte Classe hinzu; unter Galba wurde eine sechste erbeten, aber nicht eingerichtet[5]). In den Municipien wurden die iudices gewöhnlich aus den städtischen Rathsherren (Decurionen) gewählt[6]).

II. *Recuperatoren* waren ursprünglich die aus Angehörigen der streitenden Nationalitäten zur Entscheidung von Prozessen unter Peregrinen, oder zwischen Römern und Peregrinen, gewählten Richter, und solche gab es noch später in den römischen Colonien[7]). In Rom nannte man, seitdem der praetor peregrinus die Prozesse

2) Cic. de legib. III. 3. 8; l. 5. pr. de agnosc. XXV. 3; Varro de ling. lat. VI. 88. VI. 61. Vgl. auch Savigny, Syst. Bd. 5. §. 218. und besonders S. 643—646. — 3) Cic. pro Cluentio c. 43. — 4) Cic. pro Quinct. 8., de off. III. 10.; l. 14. pr. Cod. de iud. III. 1. — 5) Sueton. Calig. 16. Galb. 14.; Plin. ep. XXXIII. 8. — 6) S. die Inschr. bei Orelli p. 1582. — 7) Vgl. das oben §. 3. S. 7 erwähnte Stadtrecht von Osuna v. J. 44 vor Chr. und dazu Huschke, Multa und sacramentum. Beil. IV. S. 548 ff.

der Peregrinen leitete, Recuperatoren die Richter für schleunige Sachen (z. B. für interdicta)[8], indem sie nicht aus dem album genommen wurden, weil die darin verzeichneten Richter vielleicht schon mit anderen Prozessen überhäuft waren[9]. Die Recuperatoren wurden stets in der Mehrzahl ernannt, wesshalb sie bei Gaius häufig dem unus iudex entgegengesetzt werden[10]. In den Provinzen gab es kein album von iudices, sondern wenn der praeses provinciae bei seinen Rundreisen an den einzelnen Orten Gericht hielt, so wählte er aus den zusammengekommenen Bürgern (e conventu civium) Recuperatoren aus[11].

§. 108. Von der Aufhebung der iudicis datio unter Diocletian und von den iudices pedanei.

In der Kaiserzeit wurde die Zahl der Magistrate mehr und mehr vermehrt, so dass die Fälle der extraordinaria cognitio immer häufiger wurden. Diocletian und Maximinian hoben im Jahre 294 n. Chr. den Stand der Privatrichter ganz auf[1] und gestatteten nur ausnahmsweise die Bestellung von delegirten *iudices pedanei*, die aber keine specielle Instruction (formula) mehr erhielten[2]. Julian liess jedoch im J. 362 n. Chr. für diese Ausnahme wieder mehr Freiheit, aber nur in geringfügigen Sachen[3]. Der Name iudices pedanei rührt daher, weil sie zu ebener Erde dastanden und richteten, im Gegensatze zu dem iudex pro tribunali, d. h. dem auf einem erhöhten Sitze richtenden Magistrate[4]. Der griechische Name war χαμαιδικαστής[5].

Zeno gewährte den iudices pedanei eine Besoldung, was Justinus 519 wieder herstellte[6]. Justinian ertheilte ihnen statt dessen das Recht, bei Prozessen über einen Werth von mehr als 100 aurei Sporteln zu erheben, und zwar 2 aurei zu Anfang und 2 zu Ende des Prozesses, und ausserdem sollte ihnen jährlich der praefectus praetorio 2 Pfund Gold abgeben[7].

8) Cf. Gai. IV. 141. — 9) Vgl. Plin. ep. III. 20; Seneca ep. 106; Liv. XXVI. 48. — 10) Gai. IV. 104. 105. 109. 141. — 11) Vgl. o. §. 46.; Plin. ep. XXXIII. 7; Gai. IV. 105. I. 20.

§. 108. 1) C. 2. Cod. de ped. iud. III. 3. — 2) C. 1. 5. de pedan. iudic. III. 3; Paul. V. 28. 1. — 3) C. 5. cit. Diese const. ist vollständiger nach einer auf einem Stein gefundenen Inschrift gedruckt in Schletter's Jahrb. der jur. Literatur 1855. S. 401. — 4) C. 3. ubi et apud quem. II. 47. — 5) Lydus de magistr. III. 8; Theoph. ad. pr. Inst. de interd. — 6) C. 6. Cod. de advocat. II. 8. — 7) Nov. 82. c. 9.

§. 109. Die Gerichtsverfassung seit Constantin.

I. *Constantin* theilte das ganze Reich in 4 praefecturae: Orient, Illyrien, Gallien und Italien, und setzte einer jeden einen *praefectus praetorio* vor. Die Präfecturen zerfielen in Diöcesen, denen *vicarii praefecti praetorio*, und die Diöcesen in Provinzen, denen *rectores provinciarum* vorstanden.

Constantin trennte auch scharf die Militär- und Civilgewalt. Das Militärcommando für jede Präfectur erhielt ein *magister militum*, für die Diöcese ein *dux*, und für die Provinz ein *comes*.

Ferner wurden in allen Städten Localbeamte mit der Jurisdiction für die geringfügigen Sachen bestellt. Demnach bildeten die städtischen Untergerichte im ganzen Reiche die erste Instanz für geringfügige Sachen, und die Provinzialstatthalter hiefür die Appellationsinstanz und in allen bedeutenderen Sachen die erste Instanz; die zweite Instanz bildeten dann die vicarii, und die dritte der praefectus praetorio und das kaiserliche Consistorium.

II. Es war eine alte Sitte der Christen, auch ihre bürgerlichen Streitigkeiten von dem Bischof entscheiden zu lassen[1]). Constantin bekleidete diese *episcopalis audientia* mit bürgerlicher Rechtskraft, anfangs (im J. 321 n. Chr.) nur für den Fall, dass beide Parteien auf den Bischof compromittirten, später (im J. 331) sogar auch, wenn nur die eine Partei die Sache dem Schiedsspruch des Bischofs unterbreitet hatte[2]).

Honorius und Arcadius machten aber wieder ein Compromiss der Parteien zur nothwendigen Bedingung des Einschreitens des Bischofs[3]), und erst seit dem 9. Jahrhundert wurde im Mittelalter dieses wieder für unnöthig gehalten, indem die zweite Constantinische Constitution vom Jahr 331 in mehrere canonische Rechtssammlungen, namentlich in das Decretum Gratiani[4]) überging, und zwar begleitet von einer erdichteten Bestätigung Carl's des Grossen. — Der Bischof entschied *more arbitri*, d. h. ohne an die Bestimmungen des Civilrechtes gebunden zu sein, aber er war mehr als ein blosser Schiedsrichter, indem die Parteien nicht erst mit ihm ein receptum arbitri (d. h. einen Vertrag, dass er ihr Schiedsrichter

§. 109. 1) Vgl. I. Con. VI. 1—6; Euseb. vita Const. IV. 27; Sozom. H. E. I. 9. Vgl. Cod. tit. de episcop. audientia I. 4.

2) Beide Constitutionen kennen wir nur aus der Sirmond'schen Sammlung; s. o. §. 28. nr. 10. Anmerk. 12. S. 60. Man sehe auch Fessler. Der canonische Prozess nach seinen positiven Grundlagen und seiner ältesten historischen Entwickelung in der vorjustinianischen Periode. Wien 1860. S. 69 ff.

3) L. 7. 8. Cod. de episc. aud. I. 4. — 4) C. 35—37. Causa 11. q. 1.

sein wolle), zu schliessen brauchten, und auch insofern, als die Entscheidung des Bischofs sogleich bürgerliche Rechtskraft hatte.

Justinian erkannte die Bischöfe auch als ordentliche Richter der Geistlichen in Civilsachen an[5]).

§. 110. Von dem Gerichtsstande[1]).

I. Der älteste Unterwerfungsgrund unter die Jurisdiction eines bestimmten Gerichtes *(suum forum, competens iudex)* war die Angehörigkeit an die Bürgergemeinde, welche den Magistrat gewählt und mit seiner Jurisdiction bekleidet hatte[2]). Demgemäss war ein *civis Romanus* den Magistraten in Rom, ein *municeps* den Magistraten in dem municipium oder der Colonie, der er angehörte, unterworfen. Die Civität erwarb man der Regel nach (bei ehelicher Geburt) durch Abstammung (origo) an dem Orte, wo der Vater sein Ortsbürgerrecht (patria) hatte[3]), und daher nannte man den durch die Civität begründeten Gerichtsstand *forum originis*. Seitdem man aber an die Municipien das römische Bürgerrecht zu verleihen anfing, entstand dadurch ein doppeltes *forum originis*, das specielle in der Heimath und das gemeinsame in Rom, als der gemeinsamen Vaterstadt. Demgemäss konnte jeder in der Hauptstadt Anwesende vor den dortigen Magistraten belangt werden; jedoch konnte der Beklagte die Verweisung der Sache an das Gericht seines Heimathsortes oder seinen Provincialconvent verlangen[4]), wenn er nur ein einfaches vadimonium bestellte, sich vor seinem heimathlichen forum zu stellen. Dieses *ius revocandi domum* verlor man erst, wenn man durch Rechtsacte ausser der Heimath einen speciellen Grund der Unterwerfung unter die fremden Gerichte herbeigeführt hatte. Die domus revocatio kam aber vor Ausbreitung der Civität, d. h. so lange noch eine Rechtsverschiedenheit der besonderen Gemeinden bestand, auch in der Bedeutung vor, dass man sich an das *legitimum iudicium* der Heimath verweisen liess, um dort nach den heimischen Gesetzen von einheimischen Richtern seine Sache entscheiden zu lassen[5]).

5) Nov. 79. 83. 123. c. 8. 21. 23.

§. 110. 1) Festus v. Municeps; Lex. Flav. Malacit.. 52. 53. 55. 56. 57.; Dig. V. 1. [de iudiciis et] ubi quis agere vel conveniri debeat; L. 1. ad municipalem et de incolis; Cod. III. 13. [de iurisdictione et] de foro competente. Cf. Cod. III. tit. 14—27; VII. 48. si a non competente iudice iudicatum esse dicatur; X. 38. de municipibus; X. 39. de incolis et ubi quis domicil.; Rudorff, Römische Rechtsg. II. §. 5. — Libri X., in VIto, in Clement. de foro comp. II. 2.

2) Vgl. o. §. 16. S. 25. — 3) Vgl. o. §. 58. S. 134. — 4) Vgl. o. §. 46. S. 103; §. 107. S. 211. — 5) Vgl. Cic. Verr. II. 13, 32. 24, 59. 25, 60. 37, 90. III. 60, 138. 139. Cat. de R. R. 149. fin.

II. Jenes *forum originis* blieb das alleinige für die freiwillige *legis actio apud magistratum* und die *tutoris datio*. Dagegen entstand für die iurisdictio contentiosa ein mit dem forum originis concurrirendes *forum domicilii*, indem jeder dem Gerichte seines Domicils unterworfen wurde, wenn er auch dort nicht seine Heimath hatte (alienigena, incola).

III. Statt jener beiden fora legalia generalia konnte aber schon seit alter Zeit ein besonderes forum (forum speciale) durch obligatorische Akte begründet werden, für deren Wirkungen man sich einem auswärtigen Gerichte unterwerfen wollte oder musste. So ist 1) bei Rechtsgeschäften das Gericht des von den Parteien bestimmten Erfüllungsortes competent *(forum contractus)*, 2) bei Geschäftsführungen, die an bestimmten Orten stattgefunden haben, z. B. Tutel, Mandat, das *forum gestae administrationis*, 3) für begangene Delicte das *forum delicti commissi*. 4) Erst Theodos II. und Valentinian III. führten 385 n. Chr.[6]) auch das *forum rei sitae* ein, d. h. dass dingliche Klagen an dem Orte angestellt werden können, wo sich der streitige Gegenstand befindet. 5) Für Fideicommisse war schon früh durch viele kaiserliche Constitutionen als singuläres forum vorgeschrieben: „ut ibi petatur fideicommissum, ubi maior pars hereditatis est[7]).“ 6) Justinian führte[8]) auch den Gerichtsstand der Widerklage *forum reconventionis* für jede Klage ex eadem causa, und später[9]) auch für nicht connexe Klagen ein, welche während der Dauer eines anhängigen Prozesses bei dem für diesen competenten Gerichte vom Verklagten gegen den Kläger erhoben werden.

IV. Alle diese fora legalia generalia wie specialia beruhen auf dem *ius commune*, dagegen auf dem *ius singulare* beruhen schon nach röm.-justinian. und canon. Rechte die *fora privilegiata*, wonach auch die bürgerlichen Streitsachen der Kleriker vor das kirchliche Gericht gehören[10]). Streitigkeiten über causae spirituales fallen schon an und für sich nicht unter die bürgerlichen Gerichte.

V. Allen übrigen fora legalia als *fora ordinaria* steht gegenüber das *forum extraordinarium*, wonach Sachen von *personae miserabiles*, d. h. von Armen, Wittwen und Waisen, Kranken, zufolge kaiserlicher Constitutionen sogleich in erster Instanz vor das oberste Gericht gebracht werden können[11]).

6) L. 3. Cod. ubi in rem. III. 19. — 7) L. 50—52. de iudiciis V. 1; Cod. III. 17. ubi fideicommissum peti oporteat. — 8) In l. 14. Cod. de sentent. et interloc. VII. 45. — 9) In Nov. 96. c. 2. — 10) Vgl. die letzte Note zum vorigen §.; Vering, Lehrb. des Kirchenr. §. 63. — 11) Const. un. Cod. III. 14. in Verbindung mit Nov. 86.; Glück, Comm. Bd. 6. §. 522.

Ein forum extraordinarium des heutigen Rechtes ist auch das in Folge einer missverstandenen Stelle des röm. Rechts [12]) eingeführte *forum continentiae causarum* und zwar

1. *ex identitate personali,* d. h. mehrere in verschiedenen Gerichtsbezirken wohnende, aber ex eadem causa Verpflichtete müssen sich sämmtlich bei dem gemeinsamen Obergerichte verklagen lassen;

2. *ex identitate reali,* d. h. mehrere in verschiedenen Gerichtsbezirken befindliche Objecte desselben Verklagten können sämmtlich bei dem gemeinschaftlichen Obergerichte in Anspruch genommen werden.

VI. Allen *fora legalia* steht endlich gegenüber das *forum conventionale*, d. h. die Parteien können nicht bloss durch ausdrückliche Vereinbarung, sondern auch stillschweigend dadurch, dass der Verklagte sich wissentlich vor einem incompetenten Gericht einlässt, dieses competent machen (*forum prorogatum*, gewillkürter Gerichtsstand).

VII. Sonst folgt, wenn die obigen verschiedenen Competenzgründe für die beiden Parteien einen verschiedenen Gerichtsstand herbeiführen, nach einer alten Regel der Kläger dem forum des Verklagten, indem dieser nur von seiner Obrigkeit condemnirt werden kann (*actor sequitur forum rei*) [13]).

§. 111. Von den Parteien [1]).

Die Fähigkeit vor Gericht als Partei aufzutreten (legitima persona standi in iudicio) fehlte:

1. Den Sclaven völlig [2]).

2. Peregrinen konnten nicht in iudicia legitima [3]) auftreten, wohl aber in sonstigen Prozessen, indem ihnen durch die Fiction der Civität geholfen wurde [4]).

3. Hauskinder konnten anfangs nur als Verklagte, allmählich jedoch mit actiones in factum auch als Kläger vor Gericht auftreten.

4. Pupillen bedürfen stets des Beistandes (auctoritas) ihres Tutors, und Minderjährige bedürfen des consensus ihres Curators [5]).

5. Frauen konnten, so lange die Geschlechtstutel bestand, im Falle einer *legis actio* oder eines *legitimum iudicium* nur unter Beistand ihres Tutors auftreten [6]). Bei Prozessen dieser Art mit

12) L. 10. de iudic. III. 1. Vgl. R. D. A. v. 1570 §. 77; R. D. A. v. 1600 §. 23 f. §. 140. — 13) Vat. fragm. 325 sq.; l. 3. Cod. ubi in rem. III. 19.

§. 111. 1) Cod. III. 6. qui legitimam person. standi in iudicio habeant vel non. — 2) L. 107. de R. I. — 3) §. 114. nr. II. 2. — 4) Gai. IV. 37. — 5) §. 2. Inst. de curat. I. 23; c. 2. qui petant. V. 31. — 6) Gai. I. 184; Ulp. XI. 27.

ihrem eigenen Tutor erhielten sie daher einen besonderen *tutor Praetorianus*[7]), während zu Prozessen anderer Art mit ihrem Tutor ein curator ad litem für sie genügte[8]).

6. Nach einem Rescripte *Hadrian's* sollten höhere Magistrate weder als Kläger, noch als Verklagte in eigenen, oder in ihres Mündels Angelegenheiten persönlich vor Gericht auftreten[9]).

§. 112. Die Stellvertretung der Parteien [1]).

I. Während des alten Legis-actionen-Prozesses war die Regel: *nemo alieno nomine lege agere potest*[2]). Stellvertreter waren nur ausnahmsweise zulässig:

1. *Pro populo*, d. h. bei Popularklagen und accusationes[3]).

2. *Pro libertate*, indem bei Freiheitsprozessen für den, um dessen Freiheit gestritten wurde, ein assertor libertatis den Prozess führen musste[4]).

3. *Pro tutela*, d. h. von Seiten des Vormunds für den Pupillen.

4. Eine lex Hostilia (v. J. 582? d. St.) erlaubte eine actio furti im Namen eines Kriegsgefangenen oder rei publicae causa absens anzustellen[5]).

II. Nach der Abschaffung der legis actiones wurde dagegen die Stellvertretung der Regel nach überhaupt zulässig. Jedoch Frauen, Soldaten und Infame konnten keine Stellvertreter sein, und Infame konnten auch keine Stellvertreter haben. Im älteren Rechte konnte die Gegenpartei selbst gegen den infamen Vertreter einer unbescholtenen Partei, wie auch gegen den unbescholtenen Vertreter einer infamen Partei durch eine *exceptio procuratoria* protestiren. Sobald eine Partei mit dem Stellvertreter ihres Gegners litem contestirt hatte, konnte sie aber gegen die Person des Letzteren keine Einwendungen (exceptiones cognitorias, procuratorias) mehr vorbringen[6]). Im justinianischen Rechte ist es aber lediglich Sache des Richters, Jemanden als Prozessvertreter auszuschliessen und kann nicht mehr die Gegenpartei dieses Verlangen stellen[7]).

Die Stellvertretung im Processe geschah seit dem Formelver-

7) Gai. I. 148; Ulp. XI. 24. — 8) §. 3. Inst. de auct. tut. I. 21; l. 17. §. 1. de appell. XLIX. — 9) L. 48. de iud. V. 1; l. 32. de iniur. XLVII. 10.

§. 112. 1) Gai. IV. 69—74. 80. 82—101; Vat. fragm. de cognit. et procur. 317—41; Inst. IV. 7. quod cum eo qui in aliena pot. est, negotium gestum esse dicitur; IV. 10. de his, per quos agere possumus; Dig. III. 3. De procuratoribus et defensoribus; Cod. II. 13. De procuratoribus.

2) L. 123. de R. I.; Gai. IV. 82. — 3) Gai. l. c.; pr. Inst. de iis per quos agere poss. IV. 10. — 4) Gai. l. c.; pr. Inst. cit. Vgl. o. §. 105. nr. V. §. 49. IV. S. 115. — 5) Pr. Inst. cit. Vgl. Jhering, in s. Jahrb. X. (1871.) S. 430 ff. — 6) L. 8. §. 2. de procur. III. 3; l. 13. Cod. eod. II. 13. — 7) §. ult. Inst. de except. IV. 13.

fahren *cognitorio, procuratorio, tutorio* oder *curatorio nomine*[8]). Die ältesten erlaubten frei gewählten Stellvertreter waren ohne Zweifel die *cognitores*. Diese wurden in Gegenwart beider Parteien vor Gericht mit feierlichen Worten und unbedingt bestellt, und waren für den Prozess ganz domini loco, d. h. was sie thaten, galt gerade so, als hätte es der Principal selbst gethan[9]). Später wurden auch *procuratores* zugelassen. Diese wurden ohne Förmlichkeiten bestellt und mussten Caution leisten, dass der dominus ihre Handlungen ratihabiren werde *(cautio de rato)*; nachdem aber der procurator litem contestirt hatte, galt er selbst als dominus litis, d. h. als die eigentlich processirende Partei: auf seinen Namen wurde daher nun das Urtheil gestellt, und er selbst musste desshalb die *cautio iudicatum solvi* leisten[10]).

Später stellte man den procurator, welcher von dem Principal vermittelst einer zu Protocoll gegebenen Erklärung ernannt war, einem cognitor an Wirkung gleich[11]), und noch später nahm man bei jedem procurator an, dass das Urtheil unmittelbar für und gegen den dominus wirken solle[12]). In Folge dessen hörte allmählich der Gebrauch von cognitores ganz auf, und es wurden die procuratores die einzigen regelmässigen Stellvertreter im Prozess. In der justinianischen Compilation ist desshalb in vielen Stellen, die ursprünglich vom cognitor redeten, dafür das Wort procurator gesetzt[13]).

III. Es kann auch ein nicht beauftragter *defensor* für den Verklagten auftreten[14]), soweit nicht der Wille dieses Letzteren selbst die Vertretung ausschliesst[15]). Dieser defensor muss aber eine *cautio iudicatum solvi* leisten[16]), und bei actiones in rem auch noch eine *cautio de rato*[17]). Als Vertreter des Klägers werden dagegen ohne Nachweisung eines Auftrags, wenn sie auch eine *cautio de rato* leisten[18]), nur gewisse in einem näheren Verhältnisse zum Kläger stehende Personen zugelassen, nämlich nur Descendenten, Ascendenten, Geschwister, Verschwägerte (diese jedoch

8) Gai. IV. 82 sqq. — 9) Vat. fragm. 317 sqq.; Gai. IV. 83. 97. 98. 101; Paul. I. 2. 4; l. 7. Cod. Theod. de cognit. II. 12. — 10) Gai. IV. 84 sqq. 98. 101; Vat. fr. 307. 332; l. 11. pr. de except. doli XLIV. 3; l. 4. §. 5. de appell. XLIX. 1.; l. 22. 23. Cod. de procur. II. 13; c. 1. §. 1. in VIto de procur. I. 19. — 11) Vat. fr. 317. 331. 332; l. 7. Th. Cod. de cogn. II. 12. — 12) L. 11. §. 7. de exc. rei iud. XLIV. 23. l. 28. de proc. III. 3; l. 6. §. 3. quod cuiuscunque univ. III. 4; l. 86. de solut. XLVI. 3. — 13) Vgl. auch u. §. 120. nr. III. a. E. — 14) L. 12. Cod. de procur. II. 13. — 15) L. 40. §. 4. Dig. de procur. III. 3. — 16) L. 46. §. 2.; l. 51. §. 2.; l. 52.; l. 53. D. de procur. III. 3.; §. 5. Inst. de satisd. IV. 11; l. un. i. f. Cod. de satisdando. II. 56. — 17) L. 40. §. 2. D. procur. III. 3. — 18) Arg. l. 1. Cod. de procur. II. 13.

in der Seitenlinie nur bis zum zweiten Grade), der Ehemann in Sachen seiner Ehefrau, und Litisconsorten nach der Litiscontestation [19]).

§. 113. Die Advocaten.

I. Zu Cicero's Zeiten unterschied man *advocati*, d. h. Juristen, die im Prozesse Rath ertheilten und wohl auch den Freund vor Gericht begleiteten, um dessen Sache durch ihr Ansehen zu unterstützen, und *patroni*, die als oratores im mündlichen Vortrage die Anträge ihre Partei vor dem magistratus anbrachten und vorzüglich im iudicium die Sache durchführten. Beide Arten von Beihülfe konnte jeder Bürger leisten, wenn ihm nicht, wie namentlich dem Infamen, vom Prätor das *ius postulandi* versagt war. Aber es war dies ein Ehrendienst, und die lex Cincia v. J. 550 d. St. [1]) verbot Belohnungen hierfür anzunehmen [2]).

II. Unter den Kaisern bestrebten sich die Juristen, Respondentes zu werden, und das Amt des advocatus, causidicus, patronus wurde ein Gewerbe, und der Advocat konnte ein Honorar fordern, jedoch wie Claudius bestimmte, höchstens 10,000 Sesterzien (20 Sesterzien = 1 Thlr.) oder 100 aurei [3]).

III. Nach Untergang der classischen Jurisprudenz und Aufhören der Respondentes bildeten die Advocaten (iuris periti, scholastici, togati) vorzüglich den Stand der Rechtsgelehrten; sie mussten ein Examen bestehen und fungirten zunächst (als supernumerarii) bei untergeordneten Gerichten oder als Gehülfen der bei jedem Gerichte in einer bestimmten Anzahl concessionirten und in einer matricula verzeichneten Advocaten, bis sie allmählich in deren Stellen nachrückten. Die bei einem Gerichte immatriculirten Advocaten (statuti) bildeten eine Corporation und standen unter der Disciplinargewalt des Gerichtspräsidenten [4]).

Die Rechtsmittel nach römischem und heutigem Rechte.

§. 114. Begriff und Arten der actio [1]).

I. *Actio* bezeichnet im Privatrechte den Anspruch auf gerichtliche Geltendmachung eines Rechtes und den Rechtsgrund der Klage

19) L. 35. de procur. III. 3; l. 21. Cod. eod.; l. 3. §. 3. iudic. solvi XLVI. 7; l. 2. Cod. de consort. III. 40.

§. 113. 1) S. o. §. 93. S. 183. — 2) Ne quis ob causam orandam donum munusve capiat. Tac. Ann. XI. 5. — 3) Tac. Ann. XI. 6. 7., XIII. 5. 42; Plin. V. 4. 14; Sueton. Nero 17; l. 1. §. 10—13. de extraord. cognit. L. 13. — 4) Cod. II. 7. de advocat. divers. iudic.; l. un. Cod. de incert. person. VI. 48.

§. 114. 1) Pr. Inst. de action. IV. 6.: „Actio autem nihil aliud est, quam ius

(causa agendi); im prozessualischen Sinne bezeichnet sie jedes Mittel zur gerichtlichen Geltendmachung eines Rechtes, im engeren und gewöhnlichen Sinne nur die angriffsweise Geltendmachung eines Rechtes; bisweilen auch bloss die Instruction des Magistrates an den iudex (formula), endlich auch wohl die *actio in personam* im Gegensatze zur *actio in rem* (oder *petitio*).

II. Unter den Klagen, als Mittel zur Geltendmachung eines Rechtes, unterscheidet man folgende Arten[2]):

1. *Iudicia ordinaria et extraordinaria*[3]). Gewöhnlich wurde vor dem Magistrate (in iure) der Prozess bloss eingeleitet und die Untersuchung und Entscheidung an einen iudex überwiesen (ordinatio iudicii). Diese Trennung des Prozesses in ein Verfahren *in iure* und *in iudicio*[4]) nannte man ordinaria cognitio. Führte ausnahmsweise der Magistrat den Prozess vor seinem eigenen Tribunale (d. h. in iure) ganz durch (wie z. B. bei Zuerkennung eines salarium für operae liberales der Lehrer, Advocaten, Aerzte, Hebammen; bei Wasserbaustreitigkeiten, Uebergriffen der Verwaltungsbehörden, Verantwortlichkeit des iudex qui litem suam fecerit, d. h. sich selbst zur Partei machte; bei Gewährung eines iter ad sepulcrum), so nannte man diese Prozessform *extraordinaria cognitio* oder *persecutio*, die aber seit Diocletian insofern die Regel wurde, als nun ius und iudicium in einer Hand waren[5]).

2. *Iudicia legitima* waren die im alten Civilrecht wahrscheinlich allein vorkommenden Klagen. Ihre charakteristische Eigenthümlichkeit bestand[6]) darin, dass bei ihnen unus iudex, beide

persequendi in iudicio, quod sibi debetur." Cf. l. 178. §. 3. de V. S.: „Hoc verbum *debuit* omnem omnino actionem comprehendere intelligitur." Inst. IV. 6. de actionibus; Dig. XLIV. 7. Cod. IV. 10. de obligationibus et actionibus. — „Nihil aliud est actio, quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi": l. 51 h. t. XLIV. 7. — „Actionis verbum et speciale est et generale; nam omnis actio dicitur, sive in personam sit, sive in rem sit petitio; sed plerumque *actiones* personales solemus dicere, *petitiones* autem verbo in rem actiones significari videntur": l. 178. §. 2. de V. S. L. 16; l. 37. pr. de O. et A. XLIV. 7. — Savigny, System Bd. 5. §. 204—224; F. J. Bekker, Die Actionen des römischen Privatrechts. Bd. 1. Berlin 1871. Bd. 2. 1873; Bruns in Holzendorff's Encycl. III. 1. §. 23. f. S. 346—50; Windscheid, Die actio des röm. Civilrechts. Düsseldorf 1856. Gegen Letzteren Muther, Zur Lehre von der röm. actio, dem h. Klagerecht u. s. w. Erlangen 1857, sodann Replik von Windscheid, Die actio, Abwehr gegen Muther. Düsseldorf 1861. Pandekt. §. 43—48. 106—112.; vgl. ebend. §. 193—199. 217. 235.

2) Eine tabellarische Uebersicht aller Klagen gibt: Arbor actionum iterum edita, illustrata ab *Aloysio Brinz*. Erlangae 1854. — 3) Dig. L. 13. de extraordinariis cognitionibus. — 4) S. o. §. 105. nr. VI. — 5) Vgl. o. §. 108. S. 212, aber auch u. §. 123. Nr. I. — 6) Vgl. Gai. IV. 103. 104.

Parteien röm. Bürger sein mussten, und dass der Prozess innerhalb der Bannmeile Rom's (intra centesimum milliarium)[7]) geführt werden musste. Auch sollten sie nach der *lex Iulia iudiciaria* innerhalb 18 Monaten beendigt sein. Alle anderen Klagen hiessen *iudicia imperio continentia*, und diese sollten während des Amtsjahres des Magistrates, der den iudex bestellt hatte, beendigt werden[8]). Bei einem iudicium imperio continens bedurfte es ferner, wenn dieselbe Sache nochmals in iudicium deducirt wurde, stets der *exceptio rei in iudicium deductae* oder *rei iudicatae;* bei einem iud. legitimum aber nur, wenn in rem oder in factum geklagt wurde, indem bei einer actio in personam mit einer formula in ius concepta[9]) schon *ipso iure* die Anstellung der zweiten Klage unstatthaft war[10]). Endlich bedurfte bei einem iud. legitimum eine Frau stets der auctoritas tutoris[11]), und prozessirte sie mit ihrem eigenen tutor, so musste ihr bei einem iudicium legitimum ein tutor Praetorianus[12]) beigeordnet werden. Alle diese Unterscheidungen und Eigenheiten sind im justin. Rechte und meistens schon vorher weggefallen.

3. *Actiones civiles* sind die im ius civile begründeten, im Gegensatze zu den *actiones honorariae*, d. h. den durch die Prätoren oder Aedilen eingeführten.

4. *Actio directa*, im Gegensatze zur *noxalis*, ist die Klage, welche gegen denjenigen selbst, der einem Andern eine Beschädigung zufügte, angestellt wird; actio noxalis ist die gegen den dominus des Sclaven oder des Thieres, sowie im justinianischen Rechte auch gegen den Hausvater des Hauskindes, wodurch der Schaden herbeigeführt wurde, angestellte Klage auf Schadenersatz. Jedoch konnte der dominus oder pater familias statt den Schaden zu ersetzen, das Thier, den Sclaven oder das Hauskind (nach justin. Rechte jedoch das letzere nicht mehr) noxae dedere, d. h. dem Beschädigten übergeben, um denselben dadurch zu entschädigen[13]).

5. *Actio directa*, im Gegensatze zur *contraria*, ist die Klage

7) S. o. §. 44. nr. II. 6. S. 93. — 8) Gai. IV. 104. 105. III. 180. 181. — 9) S. u. nr. 7. u. 8. — 10) Gai. IV. 106. 107. — 11) Ulp. XI. 27. — 12) S. o. §. 111. S. 217.

13) Gai. IV. 75—80; Inst. IV. 8. Dig. IX. 4. Cod. III. 41. de noxalibus actionibus; Dig. II. 9. si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur; XLVII. 6. si familia furtum fecisse dicatur; Cod. IV. 14. an servus pro suo facto post manumissionem teneatur. — Inst. IV. 9. Dig. IX. 1. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur; Ulp. ad Ed. 18; Collat. VII. 3; Paul. I. 45. Vgl. auch Schlesinger, Noxalklagen wegen der Personen in manu und mancipio (in der Zeitschr. f. Rgsch. Bd. 8. S. 50 ff.).

auf Erfüllung der bei einem contractus bilateralis inaequalis [14]) wesentlichen Verbindlichkeit; a. contraria, die auf Erfüllung der hierbei zufällig entstehenden Verbindlichkeit, d. h. auf Ersatz wegen Verwendungen und Beschädigungen [15]).

6. *Actio directa*, im Gegensatze zur *actio utilis*, ist die Klage, welche in der Sphäre angewandt wird, für welche sie ursprünglich eingeführt wurde; actio utilis ist die analog, d. h. propter paritatem rationis für andere Fälle, als wofür sie ursprünglich eingeführt war, angewandte Klage.

7. *Actio vulgaris* ist die Klage, welche ihren festen gemeingiltigen Namen führte, weil sie im gleichen Falle einem Jeden zustand, und für sie ein für allemal im Edicte die Instruction (formula), welche dem iudex ertheilt wurde, im Voraus bestimmt war (iudicium proditum). Den Gegensatz bildeten die *actiones in factum* ohne einen im einzelnen bestimmten Namen, bei denen in jedem einzelnen Falle, je nach den besonderen Umständen desselben erst die formula construirt werden musste [16]).

Die actiones in factum waren entweder:

a) *Actiones civiles in factum praescriptis verbis (incerti actiones)*, wobei statt der einfachen demonstratio [17]) in der formula die Erzählung der sich auf den Rechtsanspruch beziehenden Thatsachen vorangestellt wurde (civilis actio quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat). In diesen Fällen war die Klage selbst nach Civilrecht begründet, und der Prätor musste nur, weil die dahin gehörigen Fälle im Einzelnen sehr verschieden sein konnten, die formula im einzelnen Falle besonders construiren (so z. B. bei den Klagen aus den Innominatcontracten); — oder

b) *Actiones utiles*, d. h. der Prätor wandte eine actio civilis oder honoraria analog an; — oder

c) *Actiones ficticiae*, d. h. der Prätor machte eine Klage für einen anderen Fall, als wofür sie eingeführt war, dadurch anwendbar, dass er entweder einen nicht vorhandenen Rechtssatz (wie bei der actio quasi Serviana) [18]), oder einen nicht vorhandenen Thatumstand (wie bei der actio Publiciana die Vollendung der noch nicht vollendeten Ersitzung) als vorhanden annahm (fingirte); — oder

d) *Actiones in factum* im engeren Sinne, d. h. der Magistrat gab aus blossen Billigkeitsgründen, ohne Anhaltspunkte für eine

14) S. o. §. 77. S. 160. — 15) L. 17. §. 3. l. 18. §. 4. commod. XIII. 6; l. 3. Cod. de contr. tut. V. 58; l. 31. §. 2. de negot. gest. III. 5. — 16) Dig. XIX. 5. de praescriptis verbis et in factum actionibus. — 17) S. u. §. 120. — 18) S. u. §. 164.

Analogie oder Fiction zu haben, mit Rücksicht auf die vorhandenen Thatumstände, eine Klage (so z. B. die actio in factum contra agrimensorem, wenn der Feldmesser falsche Messungen vorgenommen hatte).

Verschieden von der Eintheilung in actiones vulgares und in factum ist die im Pandektenrechte nicht mehr vorkommende in

8. *Actiones* mit einer *formula in ius concepta*, d. h. wo der Kläger seinen Anspruch (intentio) auf einen Civilrechtssatz stützte, und *actiones* mit einer *formula in factum concepta*, d. h. wo der Kläger sich nicht auf einen Civilrechtssatz, sondern nur auf die Thatumstände stützte, mit Rücksicht auf welche der Prätor entweder eine Klage bereits versprochen hatte, oder gewähren sollte. Sowohl die actiones vulgares, wie die in factum konnten beide bald eine formula in ius concepta, bald eine formula in factum concepta haben[19]).

9. *Actiones praeiudiciales* sind Klagen, bei denen durch eine richterliche pronunciatio bloss eine juristisch wichtige Thatsache festgestellt werden soll, aus welcher sich weitere Rechte ableiten lassen. Eine Condemnation eines Beklagten wird bei den Praejudicialklagen nicht bezweckt. Hauptsächlich gehören hierher die Statusklagen, aber, wie wir seit Auffindung des Veronesichen Codex der Institutionen des Gaius wissen, auch Klagen anderer Art, z. B. die actio quanta dos sit[20]).

10. *Actio in personam*, persönliche Klage, ist die Klage zur Geltendmachung einer Obligation und sie kann nur gegen die bestimmte Person des Schuldners angestellt werden; *actiones in rem*, unpersönliche, sachliche, dingliche Klagen sind alle übrigen. Den *actiones in rem* liegt ein Recht zu Grunde, welches schon an sich ohne Beziehung zu einer bestimmten anderen Person besteht. Dahin gehören die Klagen zur Geltendmachung eines dinglichen Rechts und des Erbrechts (sog. actiones in rem † speciales und de universitate, oder actio in rem † generales) und die Präjudicialklagen. Die Klage zur Geltendmachung eines dinglichen oder Erbrechts kann gegen Jeden angestellt werden, der sich mit dem betreffenden Rechte im Widerspruch befindet, und auch die Präjudicialklage ist nicht auf einen bestimmten Gegner beschränkt und kann wegen desselben Verhältnisses gegen Jeden angestellt werden, der die Anerkennung des für den Kläger rechtlich bedeutsamen Verhältnisses verweigert. Im engeren Sinne bezeichnet die actio

19) Gai. IV. 45—49. 60. 107; Dig. XIX. 5.; vgl. Puchta, Inst. II. §. 165. not. yy. — 20) §. 13. Inst. de act. IV. 6. und die Paraphr. von Theophil. zu dieser Stelle; Gaius IV. 44.

in rem bloss Klagen für ein dingliches Recht (petitio) und im engsten Sinne bloss die rei vindicatio[21]).

Die familienrechtlichen Ansprüche sind nicht reine Rechtsansprüche; sie fallen hauptsächlich bloss in das Gebiet der Moral, und eine gerichtliche Verfolgung derselben ist etwas Ausserordentliches, Ausnahmsweises und daher ausserhalb der Betrachtung der eigentlichen Rechtsansprüche Liegendes[22]).

Die Verschiedenheiten der actio in rem und in personam zeigten sich im Einzelnen:

a) in Betreff der actio nata[23]). Die actio in rem ist erst nata, wenn sich Jemand in Widerspruch mit unserem Recht gesetzt hat; die actio in personam ist schon nata, sobald unser Recht vollständig begründet ist.

b) Richterliche Abweisung und Verjährung der actio in rem hebt das dingliche Recht nur insoweit auf, als dasselbe gegenüber dem bestimmten Verklagten durch die Klage geschützt war. Dagegen wird die actio in personam in solchen Fällen völlig aufgehoben, so dass nicht einmal eine naturalis obligatio übrig bleibt[24]).

c) Bei der actio in rem wird darüber erkannt, ob auf irgend einen Titel hin das Klagerecht begründet sei, es sei denn dass eine ausdrückliche Beschränkung der Verhandlung auf einen bestimmten Erwerbsgrund[25]) von Seiten des Klägers geltend gemacht wäre[26]). Bei der actio in personam wird dagegen auch nach röm. Rechte immer nur über eine einzelne bestimmte causa für das Klagerecht abgeurtheilt, so dass dieselbe Forderung sofort wieder auf einen andern Titel hin geltend gemacht werden kann, wenn auch der neue Titel in die Zeit vor dem früheren Urtheil fällt.

Puchta im Rhein. Museum II. 251 ff. u. A., besonders auch Vangerow I. §. 173. nr. IV. a. E. S. 284 f. der 7. Aufl., läugnen, dass man so bei der *actio in rem adiecta* sive *expressa causa* klagen und damit die Verhandlnng auf den im Klaglibell angegebenen Entstehungsgrund des Rechtes einschränken könne. Sie wollen die entscheidenden Worte: *causa adiecta* in l. 11. §. 2. cit. dahin erklären: wenn später ein anderer Erwerbungsgrund eingetreten ist, und die Worte: *non expressa causa* in l. 14. §. 2. cit. dahin: da der Erwerbungsgrund wie es nothwendig ist, nicht genannt ist. M. s. dagegen namentlich Savigny, Syst. VI. 514 ff., Unger, II. S. 660 ff., Windscheid, Pand. §. 130. Note 6. Vgl. auch Briegleb, Vermischte Abhandlung. Bd. I. Erlangen 1868. S. 129 ff. Jedenfalls ist es aber auch nach canon. Rechte[27]) und im heutigen Rechte zulässig, auch bei actiones in rem ausdrück-

21) Gai. IV. 2. 3; §. 1. Inst. de action. IV. 6; l. 25. pr. de O. et A. XLIV. 7. — 22) Vgl. Windscheid, Pand. §. 41. 45. — 23) Vgl. o. §. 100. S. 199 nr. V. — 24) S. u. §. 219 nr. XV. 12. — 25) Im älteren R. durch eine praescriptio bei der intentio vgl. u. §. 120. nr. V. 2. — 26) L. 11. §. 2. l. 14. §. 2. D. de exc. rei iud. XLII. 2. — 27) C. 3. in VIto de sent. II. 14.

lich nur einen einzelnen bestimmten Erwerbsgrund der Sache, z. B. nur den Kauf, oder nur die Schenkung, oder nur die Erbfolge dem Urtheile des Richters zu unterbreiten. Dieses Letztere erkennen auch Buchka, (Lehre vom Einflusse des Prozesses auf das materielle Streitverhältniss, Rostock 1846. Bd. II. S. 192 ff.) und Wetzell, (Syst. des Civ. Proc. §. 47. Note 60 ff.) an. Nach dem jüngsten Reichs-Absch. §§. 34. 37. 40. 41. und 49. und der ganzen Structur des heutigen Processes kann auch bei dinglichen Klagen nur *causa expressa* geklagt werden. Vgl. Renaud, Civ. Proc. 2. Aufl. §. 88. S. 228.

d) Bei der actio in rem ging bei den Römern bis zum Wegfall des Formelverfahrens[28]) der condemnatio auf Geld eine *pronunciatio:* rem actoris esse, voraus[29]); bei der actio in personam folgte unmittelbar die condemnatio, wenn das Recht des Klägers begründet war.

11. *Actio in rem scripta* ist eine actio in personam, welche eventuell auch gegen den dritten Besitzer der Sache oder den Dritten, der aus dem Geschäfte bereichert ist, angestellt werden kann, z. B. die actio quod metus causa[30]), die Noxalklage.

12. Unrichtig ist die Behauptung, es gäbe *actiones mixtae* in dem Sinne, dass sie zugleich in rem und in personam wären. Man rechnete dahin die drei Theilungsklagen: actio communi dividundo (auf Theilung einer Vermögensgemeinschaft), finium regundorum (auf Grenzscheidung) und familiae herciscundae (auf Erbtheilung), von denen es[31]) heisst: *mixtam causam obtinere videntur*, und wohl auch die hereditatis petitio, von der[32]) eine *mixtae personalis actionis ratio* erwähnt wird.

Die drei Theilungsklagen sind aber in Wirklichkeit durchaus actiones in personam und haben nur das Eigenthümliche, dass bei ihnen in dem Urtheile auch eine adiudicatio vorkommt, welche Aehnlichkeit hat mit der pronunciatio, die bis auf Justinian bei einer für den Kläger siegreichen actio in rem der condemnatio des Beklagten vorherging und mit welcher der Richter dem Kläger das Recht zuerkannte, indem er zugleich ein arbitrium (d. h. den Rath) an den Beklagten beifügte, die Sache selbst herauszugeben. Befolgte der Beklagte dieses arbitrium nicht, so erfolgte die condemnatio auf die durch den Eid des Klägers (iuramentum in litem) zu bestimmende Werthsumme. Die adiudicatio bei den Theilungsklagen war aber doch von der pronunciatio bei den dinglichen Klagen verschieden, denn durch die adiudicatio wurde ein vorher in dieser Weise nicht bestandenes dingliches Recht erst begründet, während durch die pronunciatio bloss ein schon vorhandenes dingliches Recht zur Anerkennung gebracht wurde.

28) S. §. 123. I. — 29) S. u. nr. 15. S. 231. — 30) L. 9. §. 8. quod met. c. gest. erit. IV. 2. — 31) In §. 20. I. de act. VI. 6. — 32) L. 7. Cod. de hered. III. 31.

Die hereditatis petitio ist eine actio in rem auf Anerkennung der Erbenqualität gegen jeden, der sich mit dieser in Widerspruch befindet. Mit der hereditatis petitio können zwar auch Erbschaftsforderungen geltend gemacht werden, aber nur dann, wenn nicht die blosse Existenz der Forderung, sondern die Erbenqualität selbst bestritten und aus diesem Grunde die Zahlung verweigert wird.

13. Die *actiones in personam*, welche eine *formula in ius concepta* hatten [33]), waren entweder *actiones stricti iuris*, *stricti iudicii*, oder *bonae fidei*, *iudicia arbitraria* [34]). Im alten Rom waren principiell alle Klagen actiones stricti iuris; erst als die aequitas sich nach und nach im Rechte Geltung verschaffte, kamen immer mehr actiones bonae fidei auf. Bei den *act. stricti iuris* musste

a) der Richter sich streng an den Wortlaut des Geschäfts und seiner Instruction (formula) halten; bei den *act. bonae fidei* hatte der Richter überhaupt die aequitas und bona fides, d. h. Treue und Glauben, wie es unter redlichen Menschen Regel ist, zu berücksichtigen, und sollte er in Folge des seiner Instruction (formula) beigefügten generellen Zusatzes: *ex fide bona* alle Billigkeitsgründe berücksichtigen, wenn dieselben auch nicht speciell in der formula angegeben waren [35]).

b) Die bei einer actio bonae fidei sich von selbst verstehende Berücksichtigung aller Billigkeitsgründe brachte es auch mit sich, dass gegen einen dolus oder metus bei einem bonae fidei negotium die Contractsklage angewandt werden konnte, während bei einem stricti iuris negotium die Contractsklage hier selbst im neuesten Rechte keine Abhülfe gewährte, sondern besondere Rechtsmittel wegen des Zwanges oder Betrugs zu gebrauchen waren [36]).

c) Ebenso konnte die Contractsklage aus einem negotium bonae fidei zugleich auch auf den Inhalt eines dem negotium bonae fidei bei seinem Abschlusse beigefügten Nebenvertrags gerichtet werden („pacta in continenti adiecta contractui insunt“), während

33) S. o. nr. 8. S. 223.

34) Die letzteren sind aufgezählt in §. 28—30. Inst. de action. IV. 6; nur gehört die actio praescriptis verbis nicht bloss in den beiden in der Institutionenstelle hervorgehobenen Fällen, sondern allgemein zu den act. bonae fidei, und für die ältere Zeit gehört dazu auch die actio fiduciae. Cic. de off. III. 15. 17., ad familiar. VII. 12; Gai. IV. 62.

35) Gai. IV. 47; Cic. l. c. Top. c. 17., pro Roscio 4; l. 29. §. 4. mandati. XVII. 1; l. 99. de V. O. XLV. 1; l. 7. de neg. gest. III. 5; l. 31. §. 20. de aed. ed. XXI. 1; l. 21. sol. matr. XXIII. 3; l. 84. §. 5. de legat. I.; l. 3. de resc. vend. XVIII. 5. — Birkmayer. Die Exceptionen im bonae fidei iudicium. Erlangen 1874.

36) Vgl. o. §. 80. S. 163, 166.

dieses bei einem negotium stricti iuris der Regel nach nicht zulässig war[37]); jedoch kamen in letzterer Beziehung im späteren Rechte, namentlich bei Stipulationen Ausnahmen vor[38]).

d) Ferner konnte bei einem bonae fidei negotium die omnis causa, d. h. Früchte und anderweitige Erweiterungen der Sache von Anfang an gefordert werden[39]), während dieses bei str. iur. negotia nicht geschehen konnte, ja bei diesen nicht einmal die mora des Schuldners berücksichtigt wurde[40]). Nur wenn die actio in personam auf Rückerstattung einer aus dem Vermögen des Klägers gekommenen Sache ging, konnte auch bei str. iur. neg. stets von Anfang an[41]) und ebenso konnte für die Zeit nach der Litiscontestation[42]) auch bei str. iur. neg. die Verurtheilung in die omnis causa verlangt werden.

e) Eine weitere Verschiedenheit zwischen act. stricti iuris und bonae fidei war die, dass durch das iusiurandum in litem[43]) der Geldwerth der Sache bei str. iur. act. nach dem Zeitpunkt der Litiscontestation, bei bon. fid. neg. nach dem Zeitpunkt der Condemnation abgeschätzt wurde (quanti res est oder erit).

f) Ferner charakterisirten sich die Obligationen mit einer str. iur. actio auch durch ihre strenge Einseitigkeit, d. h. es konnte bei ihnen immer nur auf einer Seite eine Klage begründet sein, während umgekehrt bei negotia bonae fidei stets auf beiden Seiten Klagen möglich waren, entweder auf beiden Seiten directae actiones (wie z. B. bei der emtio-venditio, locatio-conductio), oder doch eine actio directa und contraria (wie z. B. beim commodatum, depositum). Wenn aber in dem Falle einer condictio ein Gegenanspruch begründet war, so konnte dieser nur mit einer actio doli geltend gemacht werden.

g) Endlich konnte aus einem neg. str. iur., bei dem ein bestimmter Zahlungsort festgesetzt war, nur an diesem Orte geklagt werden[44]), wo der Beklagte vielleicht keinen Gerichtsstand hatte. Desshalb gewährte dann der Prätor eine eigene actio arbitraria (die jetzt sog. actio de eo quod certo loco) an dem Orte, wo der Beklagte zu finden war, und der iudex hatte dabei das interesse loci zu berücksichtigen. Bei bonae fidei negotia (und heutzutage also bei allen Geschäften) fällt diese actio arbitr. von selbst

37) L. 51. §. 5. de pact. II. 14. — 38) Vgl. l. 40. de R. C. XII. 1. — 39) L. 38. §. 8. 15. de usur. XXII. 1. — 40) L. 38. §. 7. de usur.; l. 22. de donat. XXXIX. 5. — 41 L. 38. §. 1.—6. de usur.; l. 15. pr.; l. 26. §. 12. l. 65. §. 5. de cond. indeb. XII. 1; l. 7. §. 1; l. 12. de cond. causa dat. XII. 4; l. 8. §. 2. de cond. furt. XIII. 1. — 42) L. 31. pr. de R. C. XII. 1; l. 38. §. 7. de usur. XXII. 1. — 43) S. weiter u. nr. 15. von den act. arbitrariae. — 44) Dig. XIII. 4. de eo quod certo loco; §. 35. Inst. de act. IV. 6.

weg, weil hier die Klage aus dem Geschäfte stets, auch wenn ein Zahlungsort bestimmt ist, ohne Weiteres an jedem Orte angestellt werden kann, wo der Beklagte seinen Gerichtsstand hat.

Nach Windscheid, Pand. §. 46. soll die ursprüngliche Grundidee der Verschiedenheit von actiones stricti iuris und bonae fidei die gewesen sein, dass erstere unverrückbar auf ein von vornherein Bestimmtes, letztere dagegen auf ein nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles zu Bestimmendes gehen, und wenn auch die einzelnen von den römischen Juristen von dieser Grundidee aus entwickelten Verschiedenheiten weggefallen seien, so soll nach Windscheid doch jener grundsätzliche Gegensatz zwischen actiones stricti iuris und bonae fidei actiones auch im heutigen Rechte noch bestehen. Die Unrichtigkeit des Gegensatzes zwischen actiones und stricti iuris und bonae fidei, den Windscheid als Grundidee aufstellt, beweisen aber schon die römischen condictiones incerti, die obschon sie nicht auf ein unverrückbar von vornherein Bestimmtes gehen, doch stricti iuris sind.

Die Unterscheidung in actiones str. iur. und bon. fid. fand in ihren vollen Wirkungen und nach der römischen Terminologie, wie oben bemerkt wurde, nur bei den actiones in personam statt, die eine formula in ius concepta hatten. Jedoch materiell wurden die civilen Delictsklagen (z. B. die actio furti nec manifesti, die actio legis Aquiliae) gewiss nach dem Vorbilde der str. iuris act., und alle übrigen Klagen (wie namentlich die act. in rem, die actio mit einer formula in factum concepta, die act. honoraria und die persecutio) im Wesentlichen gewiss nach den Grundsätzen der bonae fidei actio behandelt[45]). In den Quellen ist auch die Rede von *actiones in aequum et bonum conceptae.* Dieses sind Strafklagen, bei denen das Strafmass in das Ermessen des iudex gestellt ist[46]).

Von den römischen stricti iuris actiones sind die aus Literalcontracten[47]) mit diesen in der Kaiserzeit verschwunden, die aus Stipulationen[48]) bestehen nicht mehr, weil die Stipulationen niemals recipirt wurden. Auch die römischen Delictsklagen[49]) sind bei uns unpraktisch. Es waren als stricti iuris actiones nur noch übrig geblieben die Darlehensklage (condictio mutui)[50]) und die übrigen condictiones datorum aus quasi mutua [51]). Auch bei diesen entsprach aber die Auffassung als eines Rechtsverhältnisses des römischen strictum ius nicht der germanisch-canonischen Anschauung, wonach alle Verträge ex fide bona auszulegen sind. Auf diese Anschauung stützte sich auch die Bestimmung des Reichs-Deputationsabschieds von 1600 §. 139., wodurch dem Gläubiger ausdrücklich gestattet

45) Vgl. die näheren Nachweisungen bei Vangerow I. §. 139. und bei Savigny, System. Bd. 5. Beilage XIII. S. 461—502. — 46) Vgl. Keller, Röm. Civilprozess. §. 89. Note 1117. — 47) S. u. §. 196. — 48) S. u. §. 195. — 49) S. u. §. 208 ff. — 50) S. u. §. 197. — 51) S. u. §. 198.

wurde, einer allgemeinen Präsumtion zufolge 5 % Verzugszinsen beim Gelddarlehen zu fordern, vorbehaltlich des Rechtes, einen in der betreffenden Gegend geltenden höheren Zinsfuss beweisen zu dürfen[52]. Hieran anknüpfend machte dann die Doctrin und Praxis die condictiones datorum vollständig zu Klagen des guten Glaubens.

Die Wechselklage ist eine eigenthümliche Art von moderner strenger Klage, deren Strenge sich aber doch wesentlich verschieden von der römischen stricti iuris actio äussert.

14. Die *condictiones* waren auch actiones in personam und zwar stricti iuris actiones; aber irrig ist es, jede actio stricti iuris als condictio zu bezeichnen[53]. Sie sind vielmehr abstract-persönliche Klagen, d. h. persönliche Klagen, bei deren Anstellung vor dem Magistrat der Klagegrund (die causa agendi) nicht genannt und nicht in die formula aufgenommen wurde. Dies beweist die Definition der Condictionen bei Gaius[54] als in personam actiones, quibus dari fierive oportere intendimus. So lauten auch die uns erhaltenen Formeln der condictio furtiva und indebiti übereinstimmend dahin: si paret eum dare oportere, und die Formel der Darlehensklage, mit welcher die der condictio indebiti ausdrücklich als identisch bezeichnet wird[55] enthielt unbestritten keine Angabe des Klagegrundes[56]. Dass die condictio an keinen bestimmten Klagegrund gebunden ist, sieht man auch daraus, dass sie aus den verschiedensten Gründen angestellt werden kann: aus Contract[57], Delict[58], Testament[59], was die Quellen auch ausdrücklich bestätigen[60]. Die klassischen Juristen nennen auch den Klagegrund nicht in Verbindung mit der condictio, sie sagen z. B. nie condictio ex stipulatu, sondern actio ex stipulatu. Die klassischen Juristen theilen auch die Condictionen nur nach ihrem Gegenstande ein, wie wir dieses weiter unten angeben, nicht aber nach dem Klagegrunde. Erst von Justinian[61] rührt die Unterscheidung der Condictionen in condictio indebiti, sine causa, ob iniustam causam, causa data causa non secuta, ob turpem causam, ex lege. Wenngleich die classischen Juristen schon vielfach zu einer Systematisirung der Condictionen den Anlauf nehmen, so gebrauchen sie doch jene Bezeichnungen

52) Vgl. Savigny, System. Bd. 5. S. 139 ff.

53) Vgl. l. 66. de condict. indebiti XII. 6. Man s. hierüber gegen die gemeine Meinung: Baron, Pandekten §. 84. nr. 6. S. 186 f., dessen Begründung wir uns im Texte angeeignet haben.

54) Gaius IV. 5. Vgl. Gai. IV. 4; §. 1. Inst. quib. mod. re contr. obl. III. 14; Gai. III. 91. — 55) Cic. pro Roscio cap. 5. — 56) Dig. XII. 1. De rebus creditis si certum petatur et de condictione; Cod. IV. 2. Si certum petatur. — 57) Vgl. u. §. 195—198. — 58) Vgl. u. §. 209. — 59) Vgl. u. §. 274. 276. — 60) L. 9. pr. §. 1. de R. C. XII. 1. — 61) Dig. XII. 5. 6. 7. Cod. 4—9.

entweder gar nicht oder doch nicht im technischen Sinne[62]). Dass bei der condictio von dem Klagegrunde abgesehen wurde, sieht man endlich noch daran, dass, wenn die condictio in einem Falle angestellt wurde, wo eine actio famosa hätte angestellt werden können, die Verurtheilung des Beklagten aus der condictio doch keine Infamie nach sich zog[63]).

Da im heutigen Recht bei persönlichen Klagen stets der Klagegrund angegeben werden muss, so ist damit die besondere Eigenschaft der Condictionen weggefallen.

Ursprünglich ging bei der condictio, der alten legis actio per condictionem[64]), der Inhalt der obligatio auf das *dare* eines *certum*, also eines nach allen Seiten hin („quid, quale, quantum") völlig bestimmten Gegenstandes (intentio certa auf dare oportere)[65]). Erst später, aber jedenfalls noch vor der Zeit der Pandektenjuristen kam auch die *condictio incerti* auf, wobei die obligatio mit der intentio dare facere oportere ein *incertum* war, entweder weil die obligatio nicht auf dare, sondern auf ein facere ging (denn jedes facere involvirte ein incertum)[66]), oder weil das Object in irgend einer Beziehung unbestimmt war[67]). Bei der *certi condictio* hob man von Alters her[68]) den Fall besonders hervor, wo die condictio auf eine *certa pecunia* ging. In diesem Falle kam nämlich eine sehr bedeutende Succumbenzstrafe, die stipulatio tertiae partis, vor[69]). Desshalb nannte man diese condictio auf certa pecunia vorzugsweise *condictio certi* oder auch *actio si certum petatur*, und bezeichnete im Gegensatze dazu jede andere condictio als *condictio triticaria* (sog. Franziskanerklage), indem man das Getreide die anderen Sachen ausser Geld repräsentiren liess[70]), so dass die condictio triticaria nicht nur die condictio auf eine certa res ausser auf certa pecunia, sondern auch die condictio incerti mit umfasste.

15. Die *actiones arbitrariae*[71]) sind sämmtlich Klagen bonae fidei in erweitertem Sinne und gehen auf ein exhibere oder restituere (wie die actiones in rem und die act. honorariae). Bei den-

62) Meistens unterscheiden sie bei den Condictionen die Rückforderung eines datum sive promissum ob rem (d. i. ob causam futuram honestam und turpem) und ob causam (d. i. ob causam praeteritam). Vgl. u. §. 198. Paul. l. 1. de condict. ob turpem vel ini. caus. XII. 5; Pomp. l. 52. Paul. l. 65. de condict. indeb. XII. 6; Ulp. l. 1. de condict. sine causa XII. 7. Vgl. auch Ulp. l. 1. pr. de condict. causa data causa non secuta XII. 4.

63) L. 36. de O. et A. XLIV. 7. — 64) S. §. 119. nr. 3. — 65) L. 74. 75. de V. O. XLV. 1; Gai. IV. 18. 19. 33. 34. 41. 86. — 66) L. 75. §. 7. de V. O. XLV. 1. — 67) L. 75. pr. §. 1 sqq. de V. O.; l. 29. §. 1; l. 76. §. 1. eod.; Gai. IV. 41. 131. 136. — 68) Gai. IV. 19; s. u. §. 119. nr. 3. — 69) Cic. pro Roscio c. IV. 5; Gai. IV. 13. 171. — 70) L. 1. pr. de cond. tritic. XIII. 3.

71) Gimmerthal, Das Eigenthum im Conflicte mit den übrigen Gebilden des Sachenrechts und die actiones arbitrariae insbesondere. Arnstadt 1874.

selben ertheilte der Richter (weil bis zur späteren Kaiserzeit die condemnatio immer nur auf eine Geldsumme gerichtet war) dem Beklagten, wenn er den Anspruch des Klägers als begründet erkannte, zuerst das arbitrium, d. h. den Rath, die Sache selbst heraus- oder zurückzugeben[72]). Leistete der Beklagte aber keine Folge, entweder weil er contumax war, d. h. nicht wollte, oder weil er durch dolus oder culpa verhindert war, so wurde er auf eine so grosse Summe verurtheilt, als der Kläger geschworen hatte (iuramentum in litem), dass ihm die Sache werth sei[73]). Wenn der Beklagte wegen culpa levis dem arbitrium nicht Folge leisten konnte, so trat einfache condemnatio auf das quanti res est ein.

Im neueren Rechte[74]) kann die Condemnation und Execution auch unmittelbar auf die Herausgabe der Sachen selbst oder Vornahme einer sonstigen Handlung gerichtet werden[75]), und das iuramentum in litem, der Schätzungseid des Klägers, findet daher nur mehr statt, wenn die Sache durch dolus oder culpa lata des Beklagten untergegangen oder bei Seite geschafft ist.

Ueber die besondere römische *actio arbitraria de eo quod certo loco dari promissum est*, vgl. o. nr. 12. S. 227 f.

16. *Interdicta* sind schleunige Rechtsmittel, bei denen der Magistrat (Prätor oder Proconsul), regelmässig unter Anwendung von Formularen, die dafür im Edict aufgestellt waren, vermöge seines Imperium auf Anrufen des Klägers vor geführtem Beweise an den Beklagten den bedingten Befehl erliess, den Kläger zu befriedigen. Leistete der Beklagte diesem Befehle keine Folge, so wurde der Prozess zur weiteren Untersuchung und Aburtheilung an einen iudex oder an Recuperatoren[76]) überwiesen; aber den Unterliegenden trafen dann grössere Nachtheile *(litigare cum poena, cum periculo)*, indem beide Parteien durch sponsio und restipulatio gegenseitige Wetten eingehen mussten und in der Wettsumme zugleich die Strafe für ungerechtes Prozessiren lag. Der Prätor ertheilte nämlich eine formula in personam concepta, welche den Richter anwies, über das Verwirktsein der Sponsions- oder Restipulationssumme und dadurch mittelbar über den eigentlichen Streitpunkt zu erkennen. Jedoch konnte sich hieran noch ein arbitrium de re restituenda oder exhibenda anschliessen. Bei den Interdicten, bei welchen es sich um (den Befehl des Prätors *exhibeas*, d. h.) Herausgabe einer Sache handelte *(interdicta exhibitoria)*, oder um (den Befehl des Prätors

72) Ueber den betreffenden Zusatz in der formula vgl. u. §. 121. nr. III. — 73) Gai. IV. 48; §. 31. Inst. de act. IV. 6; Paul. l. 2. §. 1. de in litem iurando. XII. 3; Ulp. l. 68. de R. V. VI. 1; vgl. o. nr. 12. S. 225. — 74) Vgl. u. §. 135. nr. II. 3. — 75) S. §. 32. Inst. de act. IV. 6.; l. ult. Cod. de fideic. lib. VII. 4; l. 14. Cod. de sent. et interl. VII. 14. — 76) S. o. §. 107. S. 211 f.

restituas, d. h.) Zurückgabe einer Sache und Wiederherstellung eines Zustandes *(interdicta restitutoria)*, konnte der Beklagte aber das litigare cum periculo vermeiden, wenn er sofort vor dem Magistrat (antequam ex iure exeat) um einen arbiter bat. In diesem Falle fand dann das gewöhnliche Verfahren einer actio arbitraria statt. Dagegen bei den *interdicta prohibitoria*, d. h. die der einen Partei eine Handlung zum Nachtheil der anderen oder auch beiden gegeneinander verboten (vim fieri veto), trat stets das litigare cum periculo ein, wenn nicht sogleich dem Befehle des Prätors Folge geleistet wurde[77].

Dass bei den Interdicten möglichst eine schleunige Beendigung der Sache bezweckt wurde, zeigt sich namentlich auch darin, dass die oft längeren Aufschub der Verhandlung der Sache herbeiführende vorherige litis denunciatio[78]) im Interdictenprozesse wegfiel[79]).

Mit dem Wegfall des Formelverfahrens fielen die Eigenthümlichkeiten des Interdictenprozesses, d. h. das Eintreten eines besonderen obrigkeitlichen Befehls und die Ungehorsamstrafen weg, nur wird nach Justinianischem wie heutigem Rechte in den Fällen der Interdicte noch immer summarisch verhandelt.

Wie oben schon bemerkt, theilte man die Interdicte ein je nach ihrer Anforderung an den Beklagten und dem Befehle des Prätors in a) *interd. exhibitoria* (z. B. interd. *de liberis exhibendis, de uxore exhibenda et ducenda, de tabulis exhibendis*); b) *restitutoria* (z. B. interd. *quod vi aut clam, demolitorium, de precario*) und c) die am zahlreichsten *prohibitoria* (z. B. interd. *de arboribus caedendis, de glande legenda, ne quid in loco publico fiat* und eine Anzahl von Interdicten zum Schutze von Wegen und Flüssen etc.) und dazu auch d) *mixta*, bei denen mehrere dieser Zwecke sich vereinten, wie z. B. alle drei Richtungen eines Interdicts bei dem interd. *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est*[80]) vereint vorkommen.

Ausser dieser vornehmlichsten Eintheilung der Interdicte unterschied man dieselben nach ihrer Wirkung und nach ihrem Gegenstande in possessorische *(interdicta quae possessionis causam continent)* und petitorische *(interdicta quae velut proprietatis*

77) Cic. pr. Caec. 8. pro Tullio 53. ad fam. VII. 21; Gai. IV. 139—41. 162—165. 178 sqq.; Inst. IV. 15. de interdictis; Dig. XLIII. 1.; Cod. VIII. 1. de interdictis sive extraord. actionibus quae pro his competunt; K. A. Schmidt, Das Interdictenverfahren der Römer. Leipzig 1853.; Boecking, Röm. Privatr. 2. Aufl. S. 317 ff.

78) S. u. §. 122. — 79) L. 5. 6. Cod. Theod. de denunc. II. 4.; l. un. Cod. Th. utrum vi IV. 23; l. un. §. 2. Cod. Th. quor. bon. IV. 21. — 80) S. o. §. 102. nr. V. S. 203.

causam continent). Die petitorischen sind diejenigen, bei denen darüber, ob Jemandem das betreffende Recht selbst zustehe, definitiv entschieden wird, wie in den vorhin genannten Beispielen (mit Ausnahme des interd. de precario)[81]). Die possessorischen Interdicte sollen bloss über die Thatsache des Besitzes entscheiden, und sie schliessen daher die spätere petitorische Klage des im possessorium unterliegenden Theiles nicht aus. Die possessorischen Interdicte nennt man nach dem obigen dreifachen Zwecke:

a) *adipiscendae possessionis*, d. h. auf Erlangung des Besitzes gerichtete; wie das interd. *Quorum bonorum*, *Quod legatorum*, *possessorium*, *sectorium*, *Salvianum*, *fraudatorium*;

b) *retinendae possessionis*, auf Behauptung eines Besitzes (die possessorischen Interdicte im engeren Sinn): interd. *Uti possidetis* (oder für den Superficiar interd. *de superficiebus*)[82]) und interd. *Utrubi*[83]), das eine um Schutz gegen Störung im Besitze von Immobilien, das andere um Schutz gegen Störung im Besitze von Mobilien zu erhalten; und ferner die Interdicte zum Schutze der quasi possessio bei den Servituten[84]).

Bei dem interdictum *Uti possidetis* kam eine Eigenthümlichkeit in Bezug auf Grundstücke, die zur Fruchtziehung bestimmt waren, vor, das *iudicium Cascellianum sive secutorium.* Es wurde nämlich für die Zeit des Prozesses der Besitz unter den Parteien an den Meistbietenden versteigert (fructus licitatio) und die gebotene Summe bildete für den Fall des Unterliegens eine weitere Strafsumme, in der Weise, dass der Meistbietende, wenn er unterlag, nicht nur Besitz und Früchte restituiren, sondern überdies dreifache Strafe zahlen musste (sponsio, restipulatio und Licitationssumme), während derjenige, welcher fructus licitatione victus erat, im Falle dass er im Prozesse unterlag, nur seine Sponsions- und seine Restipulationssumme als Strafe zu zahlen brauchte. Jeder Theil erklärte sich nämlich für den rechten Besitzer und verlangte daher von dem Anderen die sponsio einer Strafsumme, aber jeder sponsio von der einen Seite folgte eine restipulatio von der anderen Seite[85]).

c) *recuperandae possessionis*, auf Wiedererlangung des Besitzes, der durch Delict des Anderen verloren ging: interdictum *Unde vi* und *de precario* und im alten Rechte auch *de clandestina possessione*[86]).

d) Auch hier konnte wieder das interd. *mixtum* oder *duplex* sein, wie z. B. die vorjustinianischen interd. *Quem fundum*, *Quem*

81) Eine erschöpfende Darstellung gibt Boecking, Röm. Privatr. 2. Aufl. S. 326 ff. — 82) S. u. §. 161. — 83) S. u. §. 150. nr. VII. — 84) S. u. §. 156. nr. IV. — 85) Gai. IV. 166—169; Keller, Grundr. zu Vorl. über Inst. §. 48, S. 39 ff. — 86) S. u. §. 150. nr. IX.

usumfructum und *Quam hereditatem* sowohl *adipiscendae* wie *recuperandae possessionis* waren [87]).

17. *Iudicia simplicia*, welche die Regel bilden, sind diejenigen, bei denen die Rollen von Kläger und Beklagtem scharf getrennt sind; *iud. duplicia* [88]) die, wo dieses nicht der Fall ist, sondern der Eine so gut condemnirt werden kann, wie der Andere, wenn der Gegner es beantragt. Zu Letzteren gehören die interd. Uti possidetis und Utrubi, das interd. Quem fundum und Quam hereditatem im älteren R., und die drei Theilungsklagen [89]).

18. *Actiones* † *rei persecutoriae* oder *rei persequendae causa comparatae* sind solche Klagen, bei denen der Beschädigte bloss Wiederherstellung seines verletzten Rechtes fordert; *actiones poenales* oder *poenae persequendae causa comparatae* sind dagegen diejenigen, welche auf eine Strafe gehen, und eine solche Klage ist in manchen Fällen möglich, selbst wenn eine Beschädigung in Wirklichkeit nicht eingetreten ist. *Actiones mixtae* (wie meistens die act. ex delicto) sind diejenigen, welche zugleich auf Schadenersatz und auf eine Strafe gehen. Sie fallen auch unter die actiones poenales im weiteren Sinne [90]).

19. *Actiones populares* [91]) sind Klagen, die bei den Römern im Namen des verletzten öffentlichen Interesses von Jedem aus dem Volke angestellt werden konnten, sogar wenn der Kläger nicht selbst verletzt war. Unter mehreren Klägern wählte der Magistrat den tüchtigsten oder am nächsten betheiligten aus. Den Gegensatz zu diesen jetzt unpraktischen Klagen bildeten die *actiones privatae*, bei denen der Kläger wegen seines verletzten Privatrechtes klagte. Es konnten aber auch die Popularklagen einen gemischten Charakter annehmen, wenn der Kläger als Vertreter des populus zugleich daneben sein verletztes Privatrecht verfolgte.

20. *Actiones* † *vindictam spirantes* sind solche, welche eine persönliche Genugthuung bezwecken und desshalb nicht auf die Erben des Klägers übergehen [92]); z. B. die *actio revocatoria ob non impletum modum*, die *act. iniuriarum*, *querela inofficiosi testamenti* und *inoff. donationis* [93]).

21. *Actiones famosae* sind diejenigen, bei denen die Verurtheilung Infamie nach sich zieht [94]).

87) Vgl. §. 122. §. 150. nr. VIII. — 88) Eck, Die sog. doppelseitigen Klagen des röm. und gemeinen deutschen Rechtes. Berlin 1872. — 89) Die Theilungsklagen unterliegen überdies der freiwilligen, nicht der streitigen Gerichtsbarkeit. Vgl. Windscheid, Pand. §. 127. Note 2. — 90) S. §. 16—19. Inst. de act. IV. 6; Gai. IV. 6—9. — 91) Dig. XLVII. 23. De popularibus actionibus; Bruns, Die römischen Popularklagen (in der Zeitschr. für Rgsch. III. (1863.) S. 341 ff. — 92) Vgl. noch u. §. 116. — 93) Vgl. Vangerow I. §. 145. — 94) Vgl. o. §. 52. S. 127. — 95) Vgl. Vangerow, I. §. 158.

22. *Actio subsidiaria* ist diejenige, welche (wie z. B. die actio doli und regelmässig die in integrum restitutio) nur für den Fall zugelassen wird, dass nicht ein anderes statthaftes Rechtsmittel (Klage oder Einrede) denselben Zweck herbeizuführen geeignet ist[95]).

23. *Actiones* † *adiecticiae qualitatis* nennen die Neueren die Klagen, welche schon nach römischem Rechte ausnahmsweise gegen Jemanden aus den Rechtsgeschäften angestellt werden können, die ein Dritter für ihn abgeschlossen hat[96]).

24. *Actiones perpetuae* sind die ursprünglich unverjährbaren, seit Theodosius II. in 30 Jahren verjährenden Klagen, im Gegensatz zu den *temporales actiones*, welche schon im älteren Rechte in kürzeren Fristen verjährten, wie z. B. die actiones honorariae regelmässig in einem annus utilis[97]).

§. 115. Von der Anstellung der Klagen.

I. Um eine Klage anstellen zu können, muss dieselbe bereits *nata* sein[1]).

II. Der Richter kann die gesetzliche Frist zur Anstellung der Klagen nicht abkürzen. Niemand kann zur Anstellung seiner Klage gezwungen werden; erst das Gewohnheitsrecht des Mittelalters hat Ausnahmen von dieser Regel begründet. (Im römischen Rechte kam nur dieses vor, dass wenn ein Pfandgläubiger bei dem vorher öffentlich bekannt gemachten Verkauf des Pfandobjectes zugegen war und keine Einsprache erhob, dieses als stillschweigender Verzicht auf das Pfandrecht betrachtet werden sollte)[2]).

1. Durch Usualinterpretation bildete sich seit den Glossatoren die provocatio *ex lege Diffamari*[3]), d. h. wenn Jemand sich berühmt,

96) Vgl. z. B. o. §. 43. S. 95. Man sehe auch §. 84. S. 171; §. 194. nr. III.; §. 233. nr. II. 1. — Inst. IV. 7. Dig. XIV. 5. Cod. IV. 26. Cod. Gregor. III. 26. quod cum eo qui in aliena potestate est gestum esse dicatur (vel de peculio sive quod iussu aut de in rem verso); Dig. XV. 4. Cod. IV. 26. Cod. Th. II. 31. quod iussu (sc. patris dominive gestum esse dicatur); Dig. XV. 1. Cod. II. 32. de peculio; Dig. XV. 2. quando de peculio actio annalis est; Paul. II. 9. Dig. XV. 3. Cod. III. 26. de in rem verso; Paul II. 6. Dig. XIV. 1. de exercitoria actione (exercitoribus); Paul. II. 8. de institoribus; Dig. XIV. 3. Cod. IV. 25. de institoria (et exercitoria) actione.

97) Gai. IV. 110. 111; Inst. IV. 12. de perpet. et temp. act. rel.; Dig. XLIV. 3. de div. temp. praescr.; Cod. VII. 33—40; Theod. Cod. IV. 13. 14. de actionibus certo tempore finiendis; Nov. Val. 26.; Lex Rom. Burg. 31. de praesc. temp.

§. 115. 1) Vgl. im vor. §. nr. II. 10. S. 224. — 2) L. 6. Cod. de remiss. pign. VIII. 25.

3) Lex 5. Codicis de ingenui manumiss. VII. 14. Muther, De origine processus provocatorici ex lege Diffamari. Erlangae 1853.; Ders., Diffamationsklage in Jahrb. des germ. R. II. nr. 2. (1858) S. 53—196.

er habe eine Forderung gegen einen Anderen, so kann der angebliche Schuldner ihn gerichtlich zur sofortigen Klage auffordern, und wenn er dieser Aufforderung nicht Folge leistet, ihm für später die Geltendmachung des etwaigen Anspruches aberkennen lassen. In Wirklichkeit handelt die obige lex 5 von einem bereits angestellten Statusprozesse.

2. Ebenso führte eine Usualinterpretation seit den Glossatoren die provocatio ex lege *Si contendat*[4]) ein, d. h. wenn ein Bürge findet, dass der Hauptschuldner oder sein Mitbürge anfängt zahlungsunfähig zu werden, so kann er den Gläubiger zur sofortigen Klage auffordern, widrigenfalls der Bürge sich später noch immer durch exceptio von seinen Verpflichtungen befreien kann. In Wirklichkeit handelt die l. 28. cit. von der exceptio divisionis eines Bürgen, der in einem gegen ihn angestellten Prozesse darauf hinweist, dass er nicht allein, sondern dass mit ihm zugleich die Mitbürgen pro rata haften müssen.

3. Sehr häufig sind jetzt die seit der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts aufgekommenen Edictalladungen *cum praeiudicio praeclusi*, d. h. das Gericht fordert in gewissen Fällen (z. B. um einen Concurs zu reguliren oder das Inventar einer Erbschaft zu errichten, oder um Staatspapiere oder Wechsel zu amortisiren) durch öffentliche Bekanntmachung die Gläubiger nnd Interessenten auf, ihre Ansprüche bis zu einer gewissen Zeit vor Gericht geltend zu machen, widrigenfalls dieselben von den Ansprüchen auf diese Masse, Erbschaft etc. ausgeschlossen sein sollen. In den Fällen, wo aber der Richter keine Edictalladung cum praeiudicio praeclusi erlassen kann, kann es um so weniger ein Privater selbst thun.

§. 116. Die Erlöschung der Klagen[1]).

Diese tritt ein: 1) durch Untergang des Rechtes; bleibt aber eine naturalis obligatio fortbestehen, so kann sie noch exceptione überhaupt auf andere Weise, nicht mehr durch eine Klage geltend gemacht werden; 2) durch Urtheil[2]); 3) durch Collision der Klagen[3]); 4) durch Zeitablauf[4]); 5) actiones populares und die actio iniuriarum erlöschen sowohl durch den Tod des Klägers wie des Beklagten; die übrigen actiones, quae vindictam continent[5]) und die actio rei uxoriae[6]) durch den Tod des klagberechtigten Theiles, und

4) L. 28. Dig. de fideiussorib. XLVI. 1.

§. 116. 1) Gai. IV. 110—113; Inst. IV. 12. de perpetuis et temporalibus actionibus et quae ad heredes vel in heredes transeunt.

2) S. u. §. 130. — 3) S. u. §. 117. — 4) S. u. §. 118. — 5) S. o. §. 114. nr. II. 19. — 6) S. u. §. 226. nr. II. XIV.

die Strafklagen aus Delicten durch den Tod des Delinquenten. Die Schadenersatzklage aus einem Delicte ging gegen die Erben des Delinquenten nach römischem Rechte nur in soweit, als in der Erbschaftsmasse eine Bereicherung aus dem Delicte vorhanden ist (quantum ad eos pervenit.) [7]). Nach canonischem Rechte haften die Erben für den Delictschaden, den ihr Erblasser verschuldete, in vollem Umfange (iuxta facultates suas condigne satisfaciant.) [8]). Die Praxis hat dieses aber dahin ausgelegt, dass sie nur bis zum Belaufe der Erbschaftsmasse (iuxta facultates hereditatis) des Delinquenten für Ersatz haften müssen, was auch die germanische Ansicht war [9]).

In vollem Umfange gehen aber auch Delictsklagen, Popularklagen und act. vindictam spirantes auf die Erben des Klägers und gegen die Erben des Beklagten über, sobald lis contestirt ist. (Post litem contestatam omnes omnino actiones ad et in heredes transeunt.)

§. 117. Von der Concurrenz und Collision der Klagen [1]).

I. Ein *concursus actionum* liegt vor, wenn mehrere an sich vollständig begründete Klagen in einem Berührungspunkte zusammentreffen.

II. Nach den Voraussetzungen unterscheidet man den Concurs der Klagen in einen subjectiven und objectiven. Ein subjectiver *concursus actionum* liegt vor, wenn das Zusammentreffen der mehreren Klagen durch eine Mehrheit von Subjecten herbeigeführt ist, indem entweder ein Kläger gegen mehrere Beklagte, oder mehrere Kläger gegen denselben Beklagten auftreten und dabei irgend ein Berührungspunkt vorhanden ist. (*Litis consortium* heisst das Verhältniss der mehreren Kläger oder mehreren Beklagten.) Der Concurs ist ein objectiver, wenn die mehreren Klagen zwischen demselben Kläger und Beklagten begründet sind.

III. Nach den Wirkungen unterscheidet man:

1. den *concursus cumulativus* oder *copulativus*, d. h. wenn die mehreren concurrirenden Klagen in ihrem Erfolge ganz unabhängig von einander sind, z. B. die actio tigno iuncto und die actio ad exhibendum id quod interest, resp. rei vindicatio [2]).

7) Cf. l. 22. Dig. de oper. novi nunciatione XXXIX. 1.; l. 20. de poenis XLVIII. 19.; Cod. IV. 17. ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur; Arndts Pand. §. 104. Anm. 2.

8) C. 5. X. de raptor. V. 17. — 9) Vgl. Vering, Röm. Erbrecht S. 829 ff.

§. 117. 1) Martens, Ueber Concurrenz und Collision der röm. Civilklagen. Leipzig 1856. — 2) S. u. §. 140. nr. III.

2. *Conc. alternativus*, d. h. wenn die eine Klage ausgeschlossen ist, falls die andere Klage mit Erfolg angestellt ist, z. B. in dem vorigen Falle die actio ad exh. id quod interest durch die rei vindicatio und umgekehrt [3]).

3. *Conc. electivus*, d. h. wenn schon durch die blosse Anstellung der einen Klage, sollte sie auch nicht zum Ziele führen, die andere Klage ausgeschlossen wird. In solcher Weise concurriren z. B. die actio quanti minoris und redhibitoria [4]).

4. *Conc. successivus*, d. h. wenn die eine Klage präparatorisch ist für die andere, z. B. die hereditatis petitio partiaria auf Anerkennung als Miterbe, um sodann die actio familiae herciscundae (die Erbtheilungsklage) anstellen zu können.

5. *Conc. subsidiarius*, d. h. das eine Rechtsmittel wird nur im Nothfalle aus Billigkeitsgründen gegeben, wenn keine andere Klage zur Abhülfe besteht, z. B. die integrum restitutio [5]).

§. 118. Von der Klagen- und Prozessverjährung [1]).

I. Nach klassischem röm. Rechte gab es eine Prozessverjährung, indem nach der lex Iulia iudicia legitima in $1\frac{1}{2}$ Jahren ipso iure, iudicia imperio continentia aber ope exceptionis mit Ablauf des Amtsjahres des Magistrates, vor dem die Klage angestellt war, erloschen (lis perit, moritur) [2]). Aehnlich bestimmte Constantin, dass ein Prozess nicht über 2 Jahre, und Justinian, dass ein Prozess in der Regel nicht über 3 Jahre dauern soll [3]), eine Bestimmung, die jedoch in Deutschland nicht praktisch wurde.

II. Eine sog. Verjährung der Litispendenz besteht darin, dass nach Anordnung von Theodosius II. der Prozess erlischt, wenn, nachdem einmal lis contestirt, von der letzten gerichtlichen Handlung an 30, oder nach justinianischem Rechte 40 Jahre verflossen sind [4]).

III. 1. Wie bereits früher [5]) bemerkt wurde, waren im älteren

3) S. u. §. 140. nr. III. — 4) S. u. §. 203. nr. XI. — 5) S. o. §. 114. nr. II. 21.

§. 118. 1) Inst. IV. 12. de perpet. et temp. act.; VII. 39. de praescr. XXX. vel. XL. ann.; VII. 40. de annali exceptione Italici contr. tollenda, et de diversis temporum et except. et praescript. et interruptionibus earum. — De praescript.: *X.* II. 26. in VIto. II. 13. Vangerow, Pand. I. §. 146—152. Bruns in Holtzdorff's Encycl. III. 1. §. 25. S. 351 f.

2) Vgl. o. §. 114. II. 2. S. 221. — 3) L. 13. Cod. de iud. III. 1. v. J. 530. — 4) Th. Cod. de actionibus certo tempore finiendis IV. 14.; Iust. l. 9. Cod. de praescr. 30 vel 40 ann. VII. 39.; l. 1. §. 1. Cod. de ann. except. VII. 40. — 5) S. o. §. 114. II. 23. S. 235.

römischen Rechte regelmässig die Klagen unverjährbar, nur einzelne civiles obligationes verjährten in einer bestimmten Frist (nämlich fiscalische Ansprüche regelmässig in 20 Jahren; Klagen, wodurch der status, d. h. der die Rechtsfähigkeit bedingende Stand, eines Verstorbenen angefochten wurde, nach einem Edict Nerva's binnen 5 Jahren nach dem Tode des Betreffenden, und die erst in der Kaiserzeit aufgekommene querela inofficiosi testamenti ebenfalls in 5 Jahren). Endlich alle actiones honorariae verjährten innerhalb eines annus utilis oder in einer noch kürzeren Frist[6]). Auch konnten von Alters her dingliche Klagen dadurch erlöschen, dass ein Anderer das Recht ersass. Theodosius II. bestimmte aber[7]), es sollten auch die actiones perpetuae in 30 Jahren verjähren. Anastasius fügte noch die Bestimmung[8]) hinzu, in allen Fällen, wo die Anwendung des Theodosischen Gesetzes Zweifel lasse, solle doch wenigstens eine vierzigjährige Verjährung Platz greifen. Anastasius scheint dabei aber an keinen bestimmten Fall, sondern nur an die Möglichkeit eines solchen Falles gedacht zu haben. Nach justin. Rechte geht daher, abgesehen von den unverjährbaren Klagen zu Gunsten der Freiheit, des Decurionates, fiscalischer Steuerforderungen und des Colonates[9]) jede Klage unter, wenn sie von da an, wo sie nata ist[10]), in 30 Jahren nicht angestellt worden ist; Klagen der Kirche verjähren in 40 Jahren; und nach der Doctrin der Glossatoren[11]) wie schon seit der zweiten Hälfte des 9. Jahrhunderts nach canon. Rechte die Klagen der römischen Kirche (eine Zeit lang schon nach justin. Rechte die perpetuae actiones der Kirchen überhaupt) erst in 100 Jahren. Erst in 50 Jahren soll der Anspruch auf Rückgabe gezahlter unerlaubter Spielschulden erlöschen[12]), und die hypothekarische Klage gegen den Verpfänder erlischt erst in 40 Jahren.

2. Die Klagenverjährung wurde schon nach röm. Rechte unterbrochen *(interruptio temporis* oder *praeteriti temporis)*

a) bei actiones perpetuae durch Insinuation (gerichtliche Mittheilung) der Klage an den Beklagten; bei actiones temporales aber erst durch wirkliche *litis contestatio*, jedoch nach canonischem und heutigem Rechte auch hier schon durch Insinuation. Die Erhebung der Klage muss aber vor dem zuständigen Richter oder dem vereinbarten Schiedsrichter erfolgen.

6) Vgl. Arndts Pand. §. 108. Anm. 2. — 7) In l. un. Cod. Theod. de actionibus certo tempore finiendis IV. 14.; l. 3. Cod. Iust. de praescr. 30 vel 40 ann. VII. 39. im J. 424. — 8) L. 4. Cod. de longi temp. praescr. — 9) S. §. 49. IX. S. 123. — 10) S. S. 199, 224. — 11) *Auth. Quas actiones* hinter l. 23. Cod. de s. s. eccl. I. 2. — 12) Vgl. u. §. 192. nr. XIV.

b) Wenn der Kläger durch Kindheit, Wahnsinn, Abwesenheit oder zeitweilige magna potentia des Beklagten abgehalten ist, die Klage anzustellen, so kann er auch durch Protestation, die er bei dem ordentlichen Richter, im Nothfalle jedoch auch bei dem geistlichen oder weltlichen Municipalbeamten anbringt, oder sonst in einer von drei Zeugen unterschriebenen Urkunde, die er am Wohnorte des Beklagten öffentlich anschlägt, sein Klagerecht gegen die Extinctivverjährung schützen. Ferner wird

c) die Klagenverjährung schon nach römischem Recht dadurch unterbrochen, dass der Besitzer der Sache oder der Schuldner ausdrücklich oder thatsächlich z. B. durch Zinsenzahlung oder Stundungsvertrag das Recht des Klägers anerkennt. (Eine actio communi dividundo verjährt erst von dem Augenblicke an, wo Einer sich die alleinige Berechtigung anmasst, denn bis dahin wird jeden Augenblick durch gegenseitige Anerkennung die Verjährung der Klage unterbrochen.) Endlich

d) bei Klagen gegen den Besitzer tritt durch Unterbrechung des Besitzes auch eine Unterbrechung der Klageverjährung ein.

e) Das canon. Recht[13]) verlangt eigentlich überhaupt, die Praxis jedoch nur in denjenigen Fällen, wo es sich um Herausgabe einer bestimmten species handelt, dass der Besitzer dieser species auch in bona fide sei, sonst soll die Klage gegen ihn nicht verjähren. Nach canon. Rechte wird daher in diesen Fällen die Klagenverjährung auch durch *mala fides* † *superveniens* unterbrochen.

3. Es gibt übrigens auch Fälle, in denen eine Extinctivverjährung nicht unterbrochen, sondern bloss sistirt wird († *praescriptio dormiens*, † *quiescens*), d. h. die Verjährung ruht so lange als der Hemmungsgrund dauert und läuft mit dessen Wegfall wieder fort. Dieses ist der Fall, a) wenn gewisse rechtliche Hindernisse der Anstellung der Klage zeitweise entgegenstehen (Agere non valenti non currit praescriptio)[14]). So wegen Verbauung der zu vindicirenden Baumaterialien[15]), Moratorium[16]), Deliberations- und Inventarisirungsfrist des Erben[17]). Ferner b) wenn ein Unmündiger der Berechtigte ist oder wird (während der Minderjährigkeit läuft nicht die Verjährung der actiones temporales, wohl aber die der act. perpetuae ungehindert fort.) Es tritt auch c) eine Sistirung der Klagenverjährung für den filius familias in Betreff der

13) C. 5. 20. X. de praescr. II. 26.; vgl. o. §. 100. nr. V. 4. — 14) S. o. §. 100. V. S. 199. — 15) L. 7. §. 10. 11. de A. R. D. XLI. 1.; vgl. §. 140. nr. III. — 16) S. u. §. 183. nr. V.; l. ult. in fine Cod. Qui bon. ced. p. VII. 71. — 17) S. u. §. 268. nr. III.; l. 22. §. 11. Cod. de iure delib. VI. 30.

Adventicien[18]) ein, so lange er unter der väterlichen Gewalt steht[19]) und d) nach canon. Recht ruht die Klagenverjährung auch während des tempus hostilitatis, d. h. während der Zeit feindlicher Invasion.

IV. Ueber die Wirkungen der Klagenverjährung s. o. §. 114. nr. II. 9. b.

Von dem Prozessverfahren.

§. 119. Die legis actiones [1]).

In der ältesten Zeit bediente man sich bei den Römern gewisser althergebrachter feststehender Worte zur Einleitung des Prozesses. Diese mussten bei Gefahr des Verlustes der Sache auf das genaueste angewandt werden[2]). Die leges bestimmten nämlich die Klagegründe, und die pontifices hatten die Klageformulare diesen leges möglichst buchstäblich entsprechend concipirt. Solcher Einleitungs-Formen des Prozesses (*legis actiones)* gab es fünf:

1. Die *legis actio per sacramentum*, welche die Regel für alle Fälle bildete (generalis erat, sagt Gaius), wo nicht durch eine lex ein anderes Verfahren vorgeschrieben war. Beide Parteien mussten hierbei eine bestimmte Summe Geldes (500 Asses oder 125 Sestertien, wenn das Streitobjekt 1000 oder darüber Asses Werth hatte, und 50 Asses in allen übrigen Fällen) in der ältesten Zeit bei den Pontifices niederlegen (in sacro deponere), später (wahrscheinlich in Folge eines Gesetzes des Volkstribunen Papirius) durch Bürgen (praedes) sicher stellen, und der unterliegende Theil verlor die Summe an die Staatskasse[3]). Auf die pronunciatio,. utrius sacramentum justum sit, worin der Ausspruch eingeschlossen war, welcher Theil das Richtige behauptet habe, folgte dann nöthigenfalls ein besonderes arbitrium litis aestimandae, welches in eine Verurtheilung auf den Geldwerth des Streitgegenstandes auslief.

2. *Legis actio per iudicis postulationem.* Hierbei entschieden immer iudices oder arbitri (wahrscheinlich waren es drei und waren hier die Richter mehr blosse Sachverständige), und ein Succumbenz-

18) S. §. 234. nr. IV. — 19) L. 1. §. 2. Cod. de ann. exc. VII. 40; l. 4. i. f. Cod. de bon. quae lib. VI. 61.

§. 119. 1) Gai. IV. 38; Bethmann-Hollweg, Der Civilprozess des gem. R. in gesch. Entwickelung. Bd. I. Legis actiones; Demelius in der Münchener Kritisch. Vierteljahrsschrift. Bd. 8. S. 494 ff.; Karlowa, Der röm. Civilprozess zur Zeit der Legisactionen. Berlin 1872; Huschke, Die multa und das sacramentum in ihren verschiedenen Anwendungen. Leipzig 1874.

2) Gai. IV. 11. 12. — 3) Gai. IV. 13—16. IV. 95.

geld kam hierbei nicht vor. Das betreffende Blatt aus Gaius Inst. (zwischen IV. 17. und 18.) ist verloren gegangen.

3. Die *legis actio per condictionem*, welche durch eine lex Silia für Klagen auf certa pecunia und durch eine lex Calpurnia für Klagen auf eine sonstige certa res eingeführt wurde. Hierbei wurde immer ein Einzelrichter für den besonderen Fall ernannt und der Prozess dadurch eingeleitet, dass man seinem Gegner in iure (d. h. vor dem Prätor) ansagte (condicere oder condictio), er solle sich nach 30 Tagen ad iudicem capiendum wieder einfinden [4]).

4. *Legis actio per manus iniectionem* [5]). Diese bestand in einem Ergreifen des Körpers des Beklagten unter Aussprechung solenner Worte vor dem Prätor. Dieser Act konnte nur in den Fällen vorkommen, wo es lege aliqua cautum erat. Es gab zwei Arten der manus iniectio, nämlich die strengere, man. ini. *pro iudicato*, und eine weniger strenge, man. ini. *pura*. Bei der ersteren durfte der durch die man. ini. in die Gewalt des Gläubigers gekommene Beklagte nicht manum sibi depellere et pro se lege agere, sondern er musste sogleich zahlen, oder einen vindex stellen (assertor libertatis), sonst wurde er von dem Kläger mit nach Hause genommen und gefesselt. Trat hier ein vindex auf, so legte dieser ebenfalls die Hand an den Schuldner (manum iniicit), um ihn der Gewalt des Gläubigers symbolisch zu entreissen. Es entstand nun ein Sacramentsprozess über die Person des Schuldners, wobei wahrscheinlich die Sacramentssumme [6]), da in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest [7]), nach der Höhe, resp. dem doppelten Betrage der einzutreibenden Schuldsumme, für die der Gläubiger den Schuldner mit seinem Leibe in Anspruch nahm, berechnet wurde. Siegte der vindex, so war damit der ergriffene Schuldner von der Schuldknechtschaft befreit und seine Wegführung abgewendet. Unterlag dagegen der vindex, so verlor er für seine Person die Sacramentssumme, und der Schuldner wurde vom Gläubiger als Schuldknecht heimgeführt [8]) und konnte sich in den Fällen, in denen lis infitiando crescit in duplum [9]), namentlich also bei der Klage auf Execution eines Urtheils [10]), nur mehr durch Zahlung des Doppelten auslösen, da eben auf sein Läugnen und seine Veranlassung hin der vindex eingetreten war (vindicem dabat) [11]). Hauptsächlich fand dieses strenge Verfahren bei der actio iudicati,

4) Gai. IV. 18—20. Vgl. o. S. 229 ff. — 5) Gai. IV. 21—25; Unger in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte. 1868. Bd. VII. S. 192 ff. — 6) Gai. IV. 14. — 7) L. 1. §. 5. de his qui effud. IX. 3. — 8) Liv. II. 27. — 9) S. u. §. 131. — 10) Cic. pro Flacco 21. — 11) Gai. IV. 21.

d. h. der Klage auf Vollziehung eines Urtheils statt[12]); ferner bei der actio depensi ex lege Publilia[13]).

Auf diese beiden Fälle wurde später die manus iniectio pro iudicato beschränkt, in den anderen Fällen sollte nur mehr die manus iniectio pura gestattet sein. Bei dieser konnte der Ergriffene manum sibi depellere, und bewirkte er damit, dass er unangetastet in voller Unabhängigkeit verblieb, und den Prozess über die fragliche Schuld in eigener Person führen konnte (pro se agere licebat) und wohl ohne Gefahr war, im Falle des Unterliegens auf das duplum verurtheilt zu werden. So geschah es z. B. bei der manus iniectio nach der lex Furia testamentaria[14]) und nach der lex Marcia adversus feneratores[15]).

5. Die *legis actio per pignoris capionem.* Dieses war eine mit solennen Worten vorgenommene Privatpfändung, die manche Juristen nicht als eigentliche legis actio gelten lassen wollten, weil sie aussergerichtlich und sogar ohne die Gegenwart des Gegners (adversarius) und auch an einem dies nefastus geschehen konnte. Sie fand bei gewissen auf das ius publicum und sacrum bezüglichen Forderungen statt. So nach den XII Tafeln wegen des Kaufpreises eines Opferthieres und des Miethgeldes von Zugthieren bei Zurüstung eines Opfermahles, ferner nach der lex praediatoria, d. h. den vom Staate mit den Steuerpächtern vereinbarten Bedingungen gegen diejenigen, welche öffentliche Abgaben schuldeten, und nach Herkommen von Seiten der milites gegen den tribunus aerarii wegen des aes militare, und gegen reiche unverheirathete Frauen wegen des von diesen statt des census zu entrichtenden aes equestre und hordiarium (Futtergeldes). Wurde die ausgepfändete Sache nicht ausgelöst, so kam sie zum Verkaufe[16]).

§. 120. Das Verfahren per formulas[1]).

I. Als die Verkehrsverhältnisse in Rom umfassender und verwickelter wurden, wollten die legis actiones nicht mehr passen. Desshalb führte eine *lex Aebutia* während der Republik (jedenfalls vor der lex Cincia v. J. 550 d. St.)[2]) neben den legis actiones das Verfahren per formulas ein, welches durch die *leges Iuliae iudiciariae Augusti*[3]) zur Regel wurde[4]). Nach den leges Iuliae sollte nur vor dem Centumviralgerichte die legis actio per sacramentum

12) S. o. §. 49. IV. S. 115 f. — 13) S. u. §. 182. — 14) S. §. 274. nr. 1. — 15) S. 154. — 16) Gai. IV. 28. 29. 32.

§. 120. 1) Bethmann-Hollweg, Der Civilprocess des gem. R. Bd. II. Formulae. — 2) Denn in dieser sind schon Exceptionen gegeben, die erst mit dem Formelverfahren aufkamen. — 3) S. §. 107. — 4) Gai. IV. 30 sqq.

beibehalten werden, und bei dem Verfahren wegen damnum infectum[5]; aber von letzterem Falle sagt Gaius: *nemo vult lege agere.*

II. Das Verfahren *per formulas* oder *per concepta verba* bestand darin, dass die Parteien vor dem Prätor (d. h. in iure) auf Grund des ius civile oder des Edicts eine *formula*, d. h. eine schriftliche Instruction für den iudex, nach welcher dieser sich bei der Aburtheilung richten sollte, erbaten, indem der Kläger einen Entwurf derselben vorbrachte und der Beklagte seine exceptiones, deren Berücksichtigung in der formula er verlangte, hinzufügte *(actionem et exceptionem postulare* und *impetrare)*, woraufhin dann der Prätor entweder die Klage und formula gewährte *(iudicium, formulam, actionem dare)*, oder als rechtlich unbegründet oder unbillig abwies *(actionem non dare, denegare)*.

III. *Gaius*[6]) führt 4 Haupttheile der formula auf: 1) *demonstratio*, 2) *intentio*, 3) *condemnatio*, 4) *adiudicatio*. Die letztere ist aber nur ein Nebentheil oder unwesentlicher, erweiternder Zusatz zur condemnatio. Dagegen vergisst Gaius an jener Stelle den ersten wesentlichen Haupttheil der formula. Dieser war die Ernennung des iudex *(iudex esto, recuperatores sunto)*[7]).

Der zweite Haupttheil war die *demonstratio*, die Bezeichnung des Streitobjects oder das faktische Klagefundament; sie begann mit dem Worte „quod". Bei den formulae in factum conceptae[8]) begann sie mit „si paret", weil sie hier mit der intentio zusammenfiel[9]).

Die *intentio* war der dritte Haupttheil, nämlich das juristische Klagefundament. Sie begann mit „si paret" oder „quidquid paret" (wenn sich findet). Die intentio wurde nur bei den formulae in ius conceptae[10]) von der demonstratio getrennt besonders hervorgehoben[11]).

Der vierte Haupttheil der formula war die *condemnatio*, d. h. die Bevollmächtigung des iudex zu condemniren oder zu absolviren[12]). Die condemnatio war immer auf eine Geldsumme gerichtet, was immer der Gegenstand des klägerischen Anspruchs sein mochte. Bei den Präjudicialklagen fehlte die condemnatio.

Zur Veranschaulichung diene folgende *formula*: Lucius Cornelius Scipio iudex esto. Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio incertum stipulatus est

5) Vgl. u. §. 139. nr. III. — 6) Gai. IV. 39 sqq. — 7) Cic. in Verr. II. 12; Gai. IV. 34. 36. 37. 46. 47; cf. l. 80. de iudiciis. V. 1. — 8) S. o. §. 114. nr. II. 8. — 9) Gai. IV. 40. 60; c. 6. i. f. de transact. II. 4; l. 6. de R. V. VI. 1. — 10) S. o. §. 114. nr. II. 8. — 11) Gai. IV. 41. 45—47. 16. III. 91; l. 1. §. 2. de pignor. XX. 1; l. 6. §. 3. servit. VIII. 1. — 12) Gai. IV. 43. 44. 48—51.

[*demonstratio*], Quidquid paret ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere [*intentio*], Eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito [*condemnatio*]. Den Kläger nannten die römischen Juristen in ihren Anleitungsformularien *Aulus Agerius* (der Reiche, welcher klagt), den Beklagten *Numerius Negidius* (der zahlen soll und sich weigert). Vgl. Gai. IV. 40 sqq.

Für eine *actio* † *adiecticiae qualitatis* stellt Keller, Röm. Civilproc. §. 32. nach l. 1. §. 24. de exercit. act. XIV. 1. beispielsweise diese *formula* auf: Si paret Titium magistrum A^o. A^o. HS. X. Millia dare oportere, iudex N^m. N^m. exercitorem A^o. A^o. HS. XM. condemna, si non paret absolve — oder: Quod A^s. A^s. Titio Magistro mille medimnos tritici vendidit qua de re agitur quidquid ob eam rem Titium A^o. A^o. dare facere oportet ex fide bona eius N^m. N^m. A^o. A^o. condemna.

Die Conception der formula, wenn durch einen *procurator* prozessirt wurde, gibt Gai. IV. 86 sq. also an: „Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. Nam si v. g. Lucius Titus pro Publio Mevio agat, ita formula concipitur: *si paret N^m. N^m. Publio Mevio HS. XM. dare oportere, iudex N^m. N^m. Lucio Titio* HS. XM. *condemna, si non paret absolve.* In rem quoque si agat, intendit *Publii Mevii rem esse ex iure Quiritium*, et condemnationem in suam personam convertit. Ab adversarii quoque parte si interveniat aliquis, cum quo actio constituitur, intenditur *dominum dare oportere*, condemnatio autem in eius personam convertitur, qui iudicium accepit." Vgl. Keller §. 52 ff.

IV. Es konnten aber zu den vier Haupttheilen der formula noch Zusätze *(adiectiones)* und zwar theils die Vollmacht des iudex erweiternde, theils dieselbe beschränkende Zusätze vorkommen [13]). Die erweiternden Zusätze waren:

1. Die *adiudicatio* bei den Theilungsklagen. Hier wurde die Condemnationsbefugniss des iudex dahin erweitert, dass er auch an dem bestehenden Rechte der Parteien Aenderungen vornehmen konnte [14]).

2. Die *fictio*, d. h. es wurde entweder bei der demonstratio ein nicht vorhandener Thatumstand, oder bei der intentio ein nicht vorhandener Rechtssatz als vorhanden angenommen (fingirt), um so eine sonst für den betreffenden Fall nicht gegebene Klage anwendbar zu machen [15]). Die ältesten acts. ficticiae waren diejenigen, bei welchen der Richter irgend eine legis actio als geschehen annehmen sollte [16]).

V. Die beschränkenden Zusätze der formula konnten sein:

13) Gai. IV. 126. 129. — 14) Gai. IV. 42. II. 219; §. 20. Inst. de act. IV. 6; §. 4—6. Inst. de off. iud. IV. 17. — 15) Gai. IV. 34—38. 110—111; Ulp. XXVIII. 12. Vgl. o. §. 114. nr. II. 7. c. S. 222. — 16) Vgl. u. §. 122. nr. IV. am Ende.

1. Bei der Benennung des iudex: kürzere Zeitfristen[17]) oder Ortsbestimmungen[18]), indem das iudicium zwar der Regel nach auf dem forum stattfand (wo ausser dem erhöheten tribunal des Magistrates für die iudices kleinere subsellia angebracht waren), aber nach Umständen auch in jedem passenden Privatlocale abgehalten werden konnte[19]).

2. Beschränkende Zusätze zur demonstratio waren die *praescriptiones*, d. h. Bevorwortungen der formula (gewöhnlich mit der Wendung: ea res agatur), theils im Interesse des Beklagten (pro reo), theils im Interesse des Klägers (pro actore)[20]).

Die *praescriptiones pro reo* waren gegen die Zulässigkeit des iudicium überhaupt gerichtete (prozesshindernde) Einreden[21]), namentlich die dilatorischen (z. B. die Einrede, dass zu früh geklagt werde), und die der res iudicata und die der Klagenverjährung[22]). Dahin gehörten namentlich auch die s. g. *praeiudicia*, d. h. Einreden, die auf Zurückstellung des Prozesses gerichtet waren, bis eine andere dieselbe Thatsache betreffende causa maior entschieden sei. Es sollten diese praescriptiones vor der Untersuchung der eigentlichen Hauptfrage erledigt werden, indem der Richter, wenn sie als begründet erwiesen waren, die ganze formula als nicht gegeben betrachten sollte. Schon zu Gaius Zeiten concipirte man aber diese exceptiones wie die übrigen exceptiones und setzte sie als Nebentheile zu der condemnatio[23]). Jedoch blieb für manche dieser Einreden der Ausdruck praescriptio im Gebrauch, wie z. B. für die praescriptio temporis.

Die *praescriptiones pro actore* sollten hauptsächlich dazu dienen, die Gefahren einer plus petitio zu vermeiden[24]), z. B. wenn der Kläger von mehreren Terminzahlungen nur die gerade fälligen Leistungen einklagen wollte, damit dann nicht die condemnatio als eine incerta auf die ganze Obligation gestellt werde und dadurch dasjenige, worüber jetzt nicht gesprochen werden kann, verloren gehe[25]). Praescriptiones pro actore fanden jedoch auch in anderen Fällen statt, wie die actiones praescriptis verbis beweisen, und namentlich auch dann, wenn aus einem mit einem Sclaven oder Hauskinde des Klägers abgeschlossenen Geschäfte geklagt wurde[26]).

3. Die beschränkenden Zusätze zur *intentio* waren:

a) Der Zusatz *quantum aequius melius sit*, oder später *ex fide*

17) S. §. 118. nr. I; Gell. XII. 13; l. 2. §. 2; l. 32; l. 49. §. 1. de iud. V. 1. — 18) L. 59. de iudiciis V. 1; l. 30. 34. eod. — 19) Gai. IV. 104. 105. — 20) Gai. IV. 131—137. 151. — 21) S. §. 121. — 22) C. 13. Cod. de procuratoribus II. 12. — 23) Gai. IV. 133; Cic. de orator. I. 37. §. 168. 169. — 24) S. §. 131. — 25) Gai. IV. 151. — 26) Gai. IV. 134. 135.

bona, das Criterium eines bonae fidei iudicium[27]); der Richter wurde dadurch berechtigt und verpflichtet, im Interesse beider Parteien auf alle Billigkeitsgründe, Gegenforderungen u. dgl. Rücksicht zu nehmen, wenn sie auch nicht im Einzelnen in der formula aufgezählt waren[28]).

b) Die *compensatio*[29]) musste, wenn ein argentarius (Geldwechsler) Kläger war, schon bei der intentio beigefügt werden, d. h. der argentarius musste cum compensatione agere, nämlich nur soviel in der intentio formulae fordern, als nach Abzug der Gegenforderungen des Beklagten ihm übrig blieb[30]). Bei den bonae fidei iudicia brauchte die compensatio nicht hinzugefügt zu werden, sondern sie verstand sich von selbst, und sonst bei anderen iudicia wurde sie nicht bei der intentio, sondern in die condemnatio eingeschaltet[31]).

4. Die beschränkenden Zusätze zur *condemnatio* waren:

a) Die *taxatio*, d. h. dem Richter wurde ein maximum festgestellt, bis zu welchem er verurtheilen durfte (dt. = dumtaxat.)[32]).

b) Die *deductio*. Dieses war die compensatio, mit welcher ein bonorum emtor[33]) klagen musste. Bei dieser konnten auch solche Gegenforderungen abgezogen werden, welche nicht auf fungible Sachen derselben Art gerichtet waren, sowie auch betagte Gegenforderungen, und da die deductio in der condemnatio vorkam, so führte hier die plus petitio den Verlust der Sache nicht herbei[34]).

c) Die *exceptiones*, *replicationes*, *duplicationes* etc.[35]).

§. 121. Von den Exceptionen insbesondere[1]).

I. Der Beklagte kann gegen eine Klage 1) juristische Gegen-Deductionen, 2) processualische Einwendungen vorbringen, 3) die klagenerzeugenden Thatsachen abläugnen oder Nichtwissen in Be-

27) S. o. §. 114. nr. II. 13. S. 226 f. — 28) Cic. pro Roscio Com. IV. 11; l. 66. §. 7. Dig. soluto matr. XLVI. 3; l. 82. de solutionib. XXIV. 3; Gai. IV. 61. 63; §. 28—31. Inst. de act. IV. 6. — 29) S. u. §. 214. nr. V. — 30) Gai. IV. 64. — 31) Gai. IV. 61—68. cf. §. 29. 30. Inst. de act. IV. 6. 32) Cic. pro Tull. c. 7; Fest. s. v. taxat.; Gai. IV. 34. 57. III. 224; c. 4. de act. emti. IV. 49; c. 3. de inut. stip. VIII. 38; l. 68. Dig. de R. V. VI. 1; l. 5. §. 1. de in litem iur. XII. 3; Gai. IV. 65. 66. 68; l. 5. §. 7. Dig. de trib. act. XIV. 4; l. 38. de cond. ind. XII. 6; c. 11. depositi. IV. 34.

33) S. u. §. 135. nr. II. 2. — 34) Gai. IV. 65 sqq. — 35) S. §. 121.

§. 121. 1) Gai. IV. 115 sqq. bes. 119; Inst. IV. 13. de exceptionibus. IV. 14. de replicationibus; Dig. XLIV. 1. de except., besonders l. 22. pr.; Cod. VIII. 36. de exceptionibus seu praescript. — Eisele, Die materielle Grundlage der exceptio. Eine römisch-rechtliche Untersuchung. Mit drei Beilagen. Berlin 1871.

treff derselben vorschützen, oder 4) neue Thatsachen dagegen vorschützen. Wenn der Beklagte die Thatsachen, auf die der Kläger die Klage stützt, läugnet, so heisst dies: *litis contestatio* † *negativa*, und die Folge davon ist, dass der Kläger die ihm geläugneten Thatsachen beweisen muss. Soweit der Beklagte sich nicht auf die vom Kläger in der Klage vorgebrachten Thatsachen einlässt, soll nach dem J(üngsten) R(eichs) A(bschied) v. J. 1654 angenommen werden, er contestire negative litem.

II. Stellt der Beklagte dem Kläger neue Thatsachen gegenüber, auf welche er seine gänzliche oder theilweise Befreiung von dem Rechte des Klägers gründet, so liegt eine Einrede im heutigen oder weiteren Sinne des Wortes vor.

Im römischen Rechte war aber der Begriff der Einreden beschränkter als heutzutage. Exceptiones im röm. Sinne (bei den Glossatoren *exceptiones* † *iuris sive actionis* genannt) waren nur die vom Beklagten gegen die Klage vorgeschützten neuen Thatsachen, von denen der Prätor mit oder ohne Rücksicht auf das ius civile anerkannte, dass sie den Beklagten ausnahmsweise vor der Verurtheilung schützen müssten, selbst wenn der Inhalt der intentio vollkommen richtig sei. Diese exceptiones mussten daher als Ausnahmen von der Befugniss zur condemnatio zu dieser in der formula hinzugefügt werden. Diese exceptiones im römischen Sinne waren stets solche neue Thatsachen, auf welche der Beklagte ein neues Recht gründet, durch dessen Geltendmachung erst das Recht des Klägers vernichtet werden soll. Dieser Gegenanspruch des Beklagten kann auch wieder wegfallen, bevor er geltend gemacht ist, und dann steht das Recht des Klägers wieder in ungehemmter Kraft da.

Nach dem J(üngsten) R(eichs) A(bschied) dagegen gelten als Einreden auch diejenigen (anderen Defensionen d. h.) vom Beklagten vorgebrachten neuen Thatsachen, mit deren Eintritt schon das Recht des Klägers ipso iure aufgehoben wurde (bei den Glossatoren exceptiones † facti, von Neueren, z. B. Windscheid, nicht passend prozessualische Einreden[2]) genannt), wie dieses z. B. durch die solutio geschieht. Eine solche Behauptung des Beklagten, der Anspruch des Klägers existire ipso iure nicht mehr, sondern sei durch einen gültigen Beendigungsgrund vernichtet, musste von dem Beklagten erforderlichen Falls im iudicium bewiesen werden; aber eine solche abwehrende, vertheidigende Behauptung wurde in die formula nicht aufgenommen. Jedoch dem wesentlichen Erfolge nach

2) Windscheid I. §. 47; s. u. nr. V. 4. S. 251.

und bezüglich des Beweises stehen die exceptiones im engeren römischen und im heutigen Sinne einander gleich.

III. Die eigentlichen *exceptiones* im engeren röm. Sinne mussten, wenn sie Berücksichtigung finden sollten, als eine Ausnahme von der Befugniss zu condemniren *(nisi, si non, extra quam si)* schon vor dem Prätor (in iure) opponirt werden, d. h. der Beklagte forderte sie, damit der Prätor sie in die formula einschalte. Die Hauptarten solcher exceptiones waren bei den Römern:

1. Die *exceptio nisi exhibeat* oder *nisi restituat* bei den actiones arbitrariae[3]), die mit dem Formelverfahren wegfiel.

2. Die *exceptio doli*[4]). Diese ist entweder *specialis*, d. h. sie bezieht sich auf ein früheres rechtswidriges factum *(nisi in ea re dolo malo factum sit)*, oder *generalis*, d. h. sie bezieht sich darauf, dass der Kläger jetzt, dadurch dass er diese Klage anstellt, eine Unbilligkeit begehe *(nisi in ea re dolo malo fiat)*. Unter den Begriff dieser exc. doli gener. fallen also eine Menge einzelner Einreden, z. B. die exc. retentionis[5]), rei venditae et traditae[6]). Die exc. doli specialis kam bei den Römern schon sehr früh vor, indem sie neben der Einrede der Minderjährigkeit schon bei Plautus[7]) erwähnt wird. Erst später entstand auch die Erweiterung derselben zur exc. doli generalis mit Rücksicht auf die stricti iuris iudicia. Bei bonae fidei iudicia war die exceptio doli nämlich überflüssig, weil schon die Worte der intentio: *ex bona fide* eine weitere Beschränkung der condemnatio überflüssig machten[8]). Bei den stricti iuris iudicia war sie entbehrlich, wenn schon die stipulatio die doli clausula enthielt, wie dieses namentlich bei den prätorischen Stipulationen immer der Fall sein sollte[9]). Durch diese Clausel wurde nämlich ein jedes stricti iuris iudicium materiell einem bonae fidei iudicium gleichgestellt[10]).

Gegen eine exceptio doli specialis ist keine replicatio doli zulässig *(in pari turpitudine possessor potior habetur)*. Sonst steht die *doli replicatio* der exceptio doli gleich.

IV. *Replicatio* ist die Gegeneinrede des Klägers gegen die exceptio des Beklagten (exceptio exceptioni opposita). Gegen die replicatio kann der Beklagte eine *duplicatio*, dagegen wieder der Kläger eine *triplicatio*, und darauf der Beklagte wieder eine *quadruplicatio* vorbringen u. s. w.[11]).

3) S. o. §. 114. II. 15. S. 230 f. — 4) Dig. XLIV. 4; Gai. IV. 119. — 5) S. o. §. 103. I. 5. S. 204. — 6) S. u. §. 150. nr. II. — 7) Plaut. Rud. V. 3. v. 24—26. — 8) L. 21. sol. matr. XXIV. 3; Fragm. Vat. §. 94; l. 3. de resc. vend. XVIII. 5; l. 7. §. 5. §. 6. de pactis II. 14; l. 84. §. 5. de legat. I.; l. 68. §. 1. de contr. emt. XVIII. 1. — 9) L. 4. §. 15. de doli exc. XLIV. 4; l. 6. iudicat. solvi. XLVI. 7. — 10) S. o. §. 80. III. b. S. 166. — 11) Gai. IV. 126.

V. Man unterscheidet

1) wie bei den actiones auch bei den exceptiones *civiles* und *honorariae* oder *praetoriae*, je nachdem sie auf dem *ius civile* oder dem *ius honorarium* beruhen.

Gai. IV. 118: „Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas [*vulgares*], alias causa cognita accomodat [*in factum, utiles*], quae omnes vel ex legibus vel ex his quae legis vicem obtinent, substantiam capiunt, vel ex iurisdictione praetoris proditae sunt."

2) Ebenso unterscheidet man wie bei den actiones auch exceptiones *vulgares*, die schon im Voraus formulirt waren, *in factum*, die für den vorliegenden Fall erst formulirt wurden, und *utiles*, die nach der Analogie anderer vom Prätor gewährt und formulirt wurden[12]).

3) Auch die exceptiones können wie die actiones[13]) *in ius* oder *in factum* concipirt sein, d. h. entweder nach *ius civile* oder bloss durch die vom Prätor gewährte Berufung auf die betreffende Thatsache Geltung haben. Die allgemeinste exceptio in factum concepta ist die exc. doli generalis; eine exceptio in ius concepta ist z. B. die exceptio legis Cinciae[14]).

4) Exceptiones *dilatoriae* sive *temporales* (aufschiebende) und *peremtoriae* sive *perpetuae* (zerstörliche) unterscheidet man, je nachdem durch die Einrede die Klageberechtigung nur auf eine Zeit lang gehemmt, und damit der Kläger nur zur Aufschiebung der Klage oder zur Anstellung derselben vor einem anderen Gerichte genöthigt wird[15]), oder durch die Einrede das Klagerecht des Gegners für immer aufgehoben werden kann[16]).

Gai. IV. 121: „*Peremtoriae* [oder *perpetuae exceptiones*] sunt, quae perpetuo valent, nec evitari possunt, velut quod metus causa aut dolo malo aut quod contra legem senatusve consultum factum est, aut quod res iudicata est vel in iudicium deducta est; item pacti conventi, quo pactum est, ne omnino pecunia peteretur." §. 122: „*Dilatoriae* [oder *temporales*] sunt exceptiones, quae ad tempus nocent, veluti illius pacti conventi quod factum est verbi gratia, ne intra quinquennium peteretur: finito enim eo tempore non habet locum exceptio . . . §. 124: Non solum autem ex tempore, sed etiam ex persona dilatoriae exceptiones intelleguntur, quales sunt cognitoriae, velut si is qui per edictum cognitorem dare non potest, per cognitorem agat, vel dandi quidem cognitoris ius habeat, sed eum det, cui non licet cognituram suscipere: nam si obiiciatur *exceptio cognitoria*, si ipse talis erit, ut ei non liceat cognitorem dare, ipse agere potest; si vero cognitori non liceat cognituram suscipere, per alium cognitorem vel per semet ipsum liberam habet agendi facultatem.

12) Gai. IV. 118. — 13) S. o. §. 114. nr. II. 8. — 14) Vat. fragm. 310. — 15) S. aber §. 123. g. E., §. 124. — 16) L. 2. §. 4; l. 3. 13. 16. 18. h. t.; §. 8—11. Inst. h. t.; Gai. IV. 120—125. 133.

Die dilatorischen Einreden sind entweder prozessualische[17]), d. h. aus der Nichtbeobachtung der Prozessvorschriften entnommen, z. B. exc. fori incompetentis, litis alibi pendentis, deficientis legit. personae standi in iudicio, deficientis legitimationis, defic. cautionis; oder aus dem materiellen Rechte entnommen, d. h. gegen das klägerische Recht selbst gerichtet, z. B. exc. retentionis, ordinis etc. Die peremtorischen Einreden beziehen sich aber sämmtlich auf den Rechtsanspruch selbst.

Dilatorische Einreden wurden zur Zeit der legis actiones wohl vom Magistrate selbst erledigt. Die peremtorischen exceptiones scheinen nur bei den arbitria oder bonae fidei iudicia schon im Legisactionenprozesse, indem sie in das Resumé des Magistrats am Schlusse des Verfahrens in iure aufgenommen wurden, in ähnlicher Weise berücksichtigt zu sein, wie später im Formelverfahren überhaupt die Einreden. Bei den actiones stricti iuris und honorariae wurden wohl im Legisactionenprozesse die peremtorischen Einreden in Gestalt von Gegenklagen oder später (wie Sell meint) in Gestalt prätorischer Stipulationen zur Geltung gebracht, indem der Beklagte, wenn er eine peremtorische Einrede vorschützt, den Kläger in Form einer sponsio, d. h. feierlichen Frage mit dem Frageworte spondes etc., aufforderte, eine bestimmte Summe zu zahlen, falls es dem Beklagten gelinge, die der exceptio zu Grunde liegende Thatsache zu beweisen, und indem der Beklagte nach Leistung dieses Versprechens von Seiten des Klägers diesem durch restipulatio, d. h. ebenfalls durch feierliche Frage und Antwort, dieselbe Summe zu zahlen versprach, falls dem Beklagten jener Beweis misslinge. Das weitere Verfahren war dann lediglich darauf gerichtet, festzustellen, utrum sponsio commissa sit, an non, indem der Beklagte in dieser Zeit nicht wie später (s. u. nr. VI.) das der Klage vom Kläger zu Grunde gelegte Factum abläugnen und obendrein eine exceptio vorschützen, sondern das Klagefactum und damit die Klage, als an sich begründet, zugeben musste, wenn er eine exceptio vorbringen wollte. Gelang es dem Beklagten, seine Einrede zu beweisen, so wurde der Kläger abgewiesen und zugleich in die Sponsionssumme verurtheilt; gelang ihm der Beweis der exceptio nicht, so musste er den Betrag des Streitobjekts herausgeben und noch dazu die versprochene Strafsumme. So erklärt C. Sell (De usu exceptionum, qui legis actionum tempore fuerit. Bonnae 1867) die Aeusserung von Gai. IV. 108., worauf man gewöhnlich die Meinung stützt, dass es zur Zeit der legis actiones noch gar keine exceptiones gegeben habe.

17) Mit Recht hebt übrigens z. B. Renaud, Civ. Proc. 2. Aufl. §. 92. S. 237. hervor, dass die prozessualischen, prozessverzögerlichen Einreden eigentlich nicht mit den bloss aus dem materiellen R. zu entnehmenden wahren Einreden zusammenzustellen seien; weil sie anders wie jene, nicht immer auf neuen, selbstständigen, thatsächlichen Behauptungen beruhen, und daher deren Vortrag nicht nothwendig die Beweispflichtigkeit des Beklagten zur Folge hat, und gewisse Einwände der Art sogar durch den Richter von Amtswegen zu suppliren sind, wie namentlich die Berufung auf die Incompetenz des Richters schon nach röm. R. keine echte exceptio war (l. 5. l. 10. de iud. V. 1. Bülow, Die Lehre von den Prozesseinreden. S. 85 ff.).

5) Exceptiones *rei cohaerentes*, *populares*, d. h. solche (und zwar bilden diese die Regel), welche Jedem zustehen, der bei dem fraglichen Rechte interessirt ist, wie z. B. die exc. rei iudicatae, doli mali, metus, legis Cinciae; und *personae cohaerentes*, welche nur von dem persönlich Berechtigten, nicht auch von dessen Rechtsnachfolgern oder Bürgen vorgeschützt werden können, wie z. B. die exc. competentiae des socius oder parens oder patronus nicht auch dessen Bürgen zusteht [18]).

6) *Exceptiones in rem*, die ebenfalls die Regel bilden, sind solche, die gegen Jeden vorgeschützt werden können, der das fragliche Recht geltend macht; *exceptiones in personam* dagegen solche, welche nur gegen eine bestimmte Person angestellt werden können, wie z. B. der dolus des Dritten dem Käufer oder Verkäufer nicht entgegengestellt werden kann [19]).

7) Ueber die *praescriptiones* vgl. oben §. 120. V. 2. S. 246.

VI. Die Einreden muss der Beklagte, wenn sie ihm bestritten werden, beweisen *(Reus in exceptione actor est)* [20]). Der Beklagte kann aber negative litem contestiren, und dennoch zugleich exceptiones vorschützen, die eine thatsächliche Anerkennung des Rechtes des Klägers enthalten, indem diese bloss auf den Fall hin gelten sollen, dass die vom Kläger behaupteten facta doch wahr sein sollten. (*Qui excipit*, non fatetur) [21]). Ebenso kann man verschiedene selbst einander widersprechende Einreden mit einander verbinden. *(Nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversae sint)* [22]).

VII. Einreden erlöschen 1) mit Untergang des Rechts, woraus sie hervorgingen, und so kann auch durch Verjährung eine Einrede erlöschen. 2) Durch versäumtes Anbringen [23]). Jetzt sollen nach dem J(üngsten) R(eichs) A(bschiede) alle Einreden schon in der ersten Antwort des Beklagten enthalten sein (Eventualmaxime). 3) Zur Strafe. So für den Bürgen [24]) oder socius [25]) die exceptio divisionis wegen Abläugnens seiner Eigenschaft als Bürge oder socius. Auch derjenige, welcher seine Handschrift abläugnet, verliert nach Nov. 18. cap. 8. seine exceptio solutionis. Und wenn ein filius familias sich fälschlich für eine sui iuris persona ausgibt, so verliert er die exceptio Scti Macedoniani [26]) und die exceptio † com-

18) S. u. §. 130. gegen E.; Vat. fragm. §. 26; l. 7. h. t. XLIV. 1; l. 2. §. 1. de doli exc. XLIV. 4. — 19) L. 4. §. 28—29. 31. 33. de doli except. XLIV. 4. — 20) Ulp. l. 1. h. t. — 21) Vgl. Marcell. l. 9. h. t. — 22) Paul. l. 8. eod. — 23) S. o. S. 248. nr. III. pr. — 24) L. 10. §. 1. de fidei. XLVI. 1. — 25) L. 67. §. ult. pro socio XVII. 2; l. 22. §. 1. de re iud. XLII. 1. — 26) S. u. §. 193. III.

petentiae für die während der väterlichen Gewalt contrahirten Schulden[27]).

§. 122. Das ältere prozessualische Verfahren im Einzelnen[1]).

I. Dieses begann mit der *in ius vocatio*, d. h. der Kläger forderte den Beklagten auf, ihm vor den magistratus zu folgen. Statt dessen konnte aber der Beklagte auch einen Anderen stellen (einen vindex), der den Prozess als seine eigene Sache führte. Verweigerte der Beklagte Beides, so rief der Kläger Zeugen auf und schritt dann zur manus iniectio[2]). Der Prätor beschränkte aber die letztere auf wenige ausserordentliche Fälle; in der Regel sollte die Weigerung eine besondere Klage auf eine Geldstrafe (multa) nach sich ziehen[3]). Uebrigens konnte der Beklagte sich vorläufig abfinden durch die *cautio iudicio sisti*, die aber einen tüchtigen Bürgen (einen fideiussor locuples pro rei qualitate) erforderte[4]).

Bei actiones in rem erlaubten auch schon die XII Tafeln, dass der Prätor dem Kläger das Streitobjekt (res, lis) addicire, wenn bis zum Nachmittag auf den Beklagten vergeblich gewartet worden war[5]). Durch das interdictum *Quem fundum* oder *Quem usumfructum* oder *Quam hereditatem* konnte sich der Kläger sofort in den Besitz des Streitgegenstandes setzen, wenn sich der Beklagte gegen die in rem actio wegen eines Grundstückes oder eines Niessbrauchs oder einer Erbschaft nicht vertheidigte[6]). Wenn der Beklagte abwesend war, oder sich durch Verbergen böslicher Weise der in ius vocatio entzog (fraudationis causa latitat), ohne dass Jemand in diesem Fällen seine Vertheidigung gehörig übernahm, oder wenn er trotz des geleisteten Vadimoniums ausblieb (vadimonium deseruit), so gewährte der Prätor durch die *missio in bona absentis* und die *venditio bonorum latitantis* und *non respondentis*[7]), oder auch durch in integrum restitutio der durch Unmöglichkeit eines iudicium gegen den absens indefensus erloschenen Klagerechte dem Kläger Abhülfe. Den Kläger selbst traf im Falle des vadimonium desertum gänzlicher Verlust des Prozesses.

27) L. 41. quod cum eo, qui in alien. pot. XIV. 4; l. 1. Cod. ad SC. Maced. IV. 28.

§. 122. 1) Vgl. auch Rudorff, Prozesseröffnung nach dem Edicte (in der Ztschr. für Rgsch. Bd. 4. S. 1 ff.). — 2) S. o. §. 119. nr. 4. S. 242. — 3) Gai. IV. 46. in med.; Dig. II. 4. de in ius vocando; II. 5. si quis in ius vocatus non ierit, sive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit. cf. Dig. II. 6—11. — 4) Dig. II. 6. In ius vocati ut eant, aut satis vel cautum dent; l. 5. §. 1. qui satisdare cog. II. 8. — 5) Varro VII. 93. — 6) Ulp. fr. Vindob. IV. bei Huschke, Iurispr. Antei. ed. 2. p. 526. vgl. o. §. 114. nr. II. 16. a. E. — 7) S. über die venditio bonorum u. §. 135. nr. II.

Gell. Noct. Att. XVII. 2: In XII tabulis — ita scriptum est: *ante meridiem causam conscito, quam perorant ambo praesentes; post meridiem praesenti stlitem addicito; sol occasus suprema tempestas esto*[8].

Für das Erscheinen in iudicio wurde keine satisdatio bestellt[9]). Wenn eine Partei im *iudicium* ausblieb, so hatte dieses im ältesten Rechte einen Urtheilsspruch zu Gunsten des Anwesenden zur Folge.

Eremodicium nannte man nach späterem Sprachgebrauch die Desertion des Iudiciums, deren sich nicht bloss actor und reus, sondern auch der iudex oder arbiter[10]) schuldig machen konnte.

In der Kaiserzeit entwickelte sich das *Contumacialverfahren* weiter. Der Magistrat erliess (und zwar in einem Verfahren extra ordinem) auf Antrag des Klägers durch mündliche Botschaft *(denunciatio)* oder durch Schreiben an die ihm untergeordneten Municipalgerichte *(litterae commonitoriae)* oder durch öffentlichen Anschlag an ordentlicher Gerichtsstelle *(edictum)* in Zwischenräumen von wenigstens 10 Tagen eine dreimalige oder durch Ein peremtorisches Edict ein für alle Male eine Vorladung an den Beklagten[11]) und erschien der also Vorgeladene bewusster oder schuldiger Weise nicht, so ging derselbe (als contumax) der Vertheidigung, der Appellation und in duplum revocatio[12]) verlustig, und der praetor oder praeses provinciae fällte auf die einseitige Darlegung und Beweisführung des Anwesenden hin das Urtheil, welches, insofern es das Schuldverhältniss anerkannte, sofortige Rechtskraft erlangte und durch gewöhnliche Pfändung vollstreckt wurde[13]). Jedoch hörte mit dem Tode des Beklagten oder durch Ausbleiben des Klägers in dem dem Beklagten durch das peremtorische Edict gestellten Termine die contumacia auf *(edictum circumducitur)*, und es ging dann für den Kläger zwar nicht die Sache, aber das Contumacialverfahren verloren[14]).

II. *In iure*, d. h. öffentlich vor dem tribunal des magistratus begann die erste Hauptverhandlung damit, dass der Kläger seinem Gegner anzeigte, welche Klage er beabsichtige *(editio actionis)*[15]) und bei dem Formelverfahren seinen Entwurf der formula vorlegte, und zwar musste die actio geordnet sein nach Massgabe des Edicts; das genus actionum musste aus dem Edict entnommen

8) Cf. Bruns fontes edit. 2. pag. 15. — 9) Ascon. in Verr. I. 9. — 10) S. u. §. 132. nr. 5. — 11) L. 53. §. 1. de re iud. XLII. 1; Paul. V. 5. 7. — 12) S. u. §. 132. — 13) S. §. 135. Rudorff, Röm. Rg. II. §. 94—97. — 14) L. 59. §. 3. de re iud. XLII. 1; l. 73. §. 1. 2. de iud. V. 1; Hartmann, Das römische Contumacialverfahren. Göttingen 1857. — 15) Dig. II. 13; l. 1. pr. §. 1. de edendo II. 13; l. 21. 33. de iudiciis V. 1.

werden[16]). Die weitere Verhandlung wurde vertagt, damit der Beklagte seine Vertheidigung vorbereite. Beide Parteien mussten, gewöhnlich aber bloss der Beklagte, Cautionen leisten (vadimonium), im zweiten Termine ebenfalls zu erscheinen[17]).

Schon zu Cicero's Zeiten hatte sich durch Gewohnheit eine Abkürzung des Verfahrens gebildet, indem man die *editio actionis* mit dem vadimonium aussergerichtlich anticipirte und dadurch den ersten Act vor dem Prätor ersparte. Dieses geschah durch die *litis denunciatio*, eine halb mündliche, halb schriftliche Ankündigung des Rechtsstreites vor Zeugen, womit dann die aussergerichtlichen vadimonia verbunden wurden[18]). Unter *Marc. Aurel.* finden wir diese usuelle Form des Verfahrens weiter ausgebildet[19]). Bei schleunigen Sachen, z. B. bei Interdicten[20]), bei Schuldklagen aus Urkunden, bei allen Sachen bis zum Belaufe von 100 solidi, u. a. m.[21]) fiel die litis denunciatio ganz weg, und in der späteren Zeit verlor sich diese Einleitungsweise des Prozesses ganz, wahrscheinlich durch Gewohnheitsrecht, denn eine dieselbe aufhebende Constitution kennen wir nicht, und in der justinianischen Gesetzgebung kommt nichts mehr von derselben vor.

III. Die zweite Hauptverhandlung *in iure* bestand darin, dass beide Parteien dem Prätor ihre Behauptungen und Gegenbehauptungen vortrugen. Hierbei waren folgende Fälle möglich:

1) Der Magistrat wies den Kläger mit seinem unbegründeten Antrag ab (actio denegatur, actio non datur).

2) Der Beklagte gestand den Anspruch des Klägers zu, und wurde sofort verurtheilt (confessus in iure pro iudicato est); es bedurfte dann keines iudex mehr, wenn das in iure abgelegte Geständniss sich auf certa pecunia bezog (nullae sunt iudicantis partes in confitentem)[22]). Ein Geständniss in iure aber, das auf eine certa alia res oder auf incerta pecunia ging, wurde in die formula aufgenommen, und die Klage hiess dann *actio confessoria* (die aber wohl von der gleichnamigen Servitutenklage zu unterscheiden ist), und wobei von dem iudex nihil amplius quaeritur, sondern dieselbe eigentlich nur rei aestimandae causa bestellt ist[23]).

3) Der Kläger stellte dem Beklagten *interrogationes in iure*[24]),

16) Cic. pro Caec. 3; l. 1. pr. §. 1. de edendo. II. 13; Coll. leg. Mos. II. 6. — 17) Gai. IV. 184—87. — 18) Vgl. Keller, Civilpr. §. 47. — 19) Aurel. Victor de Caes. c. 16; Cod. Theod. lib. II. tit. 4. 5. 6. — 20) S. o. §. 114. nr. II. 16. S. 231 ff. — 21) Vgl. l. 6. Th. Cod. de denunc. II. 4. — 22) Paul. Rec. Sent. V. 50. §. 2; Dig. XLII. 2; Cod. VII. 59. de confessis. — 23) L. 56. de re iud. XLII. 1; l. 25. §. 2; l. 26. ad leg. Aquil. IX. 2; l. 40. §. 1. de pactis. II. 14. — 24) Dig. XI. 1. de interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus.

um sich über die verschiedenen Legitimationen des Beklagten, z. B. ob dieser der Eigenthümer oder der Erbe sei, über die Grösse des Erbtheils des Beklagten u. dgl. zu informiren. Wenn der Beklagte die Antwort verweigerte oder erweislich die Unwahrheit antwortete, so wurde das für ihn Nachtheiligste angenommen. Wenn der Kläger die Antwort des Beklagten acceptirte, so wurde sie auf des Ersteren Antrag als feststehend in die formula aufgenommen, und dann hiess die Klage *actio interrogatoria*.

Zur Zeit der klassischen Juristen brauchte der Beklagte erst in iudicio auf die interrogationes zu antworten und es fiel daher die actio interrogatoria weg. Im heutigen Rechte sind die interrogationes überhaupt weggefallen und durch die erste ausführliche Einlassung des Beklagten auf die Klage ersetzt worden.

4) Der Kläger versuchte den ganzen Prozess sofort dadurch zu beendigen, dass er dem Beklagten einen Eid zuschob, dass der Anspruch unbegründet sei: *iuramentum delatum*[25]). Der Beklagte konnte den Eid dem Kläger zurückschieben, auf dass dieser die Klage als rechtlich begründet beschwöre: *iuramentum relatum*[26]). Nach römischem Rechte musste nun der Kläger das iur. rel. schwören, oder er verlor den Prozess. Die Praxis des Mittelalters hat aber, sich anschliessend an die germanische, besonders im sächsischen Prozess vorkommende Sitte, wonach die Klage in das Gewissen, d. h. auf den Eid des Beklagten gestellt zu werden pflegte, dieser aber auch durch andere Beweismittel den Kläger widerlegen durfte, ganz allgemein die dem römischen wie canonischen Recht unbekannte Gewissens-Vertretung (probatio pro exoneranda conscientia) zugelassen[27]), d. h. jede Partei kann, statt einen ihr zugeschobenen Eid zu acceptiren oder zu referiren, ihr Gewissen mit Beweis vertreten, d. h. zum Beweise durch andere Beweismittel verstattet werden, kann sogar (was jedoch bestritten ist) auch noch nach misslungenem Beweise den Eid leisten[28]).

5) Der Magistrat behielt, wenn eine weitere Untersuchung nöthig war, die Sache nur ausnahmsweise vor seinem Tribunal bis zu Ende (extraordinaria cognitio)[29]). Gewöhnlich übergab er die

25) L. 1. pr. quar. rer. act. non datur. XLIV. 5. — 26) Dig. XII. 2. de iureiurando, sive voluntario, sive necessario, sive iudiciali. — 27) Das zu Grunde liegende berechtigte Motiv berührt übrigens schon Quintilian in seinen instit. orator. V. 6. §. 5: „. . se autem *probare malle*, quae affirmat, quam dubium cuiquam relinquere, *an peierarit*.“ — 28) Von den neueren Prozessordnungen kennen die nicht auf den Grundsatz freier Beweisführung basirten das Institut ebenfalls. Der code civil und der neue deutsche Civilproz.-Entwurf nicht. — 29) S. o. §. 114. nr. II. 1. S. 220.

weitere Untersuchung und Aburtheilung an einen iudex oder an einen Gerichtshof[30]).

Die iudicis datio geschah ursprünglich sogleich, nach einer *lex Pinaria* (v. J. 282? d. St.) aber, wie schon früher bei der condictio[31]), erst nach 30 Tagen[32]). Mit der Beendigung des Verfahrens in iure oder in den iudicia extraordinaria mit Beendigung der ersten ausführlichen Vorträge der Parteien war ein wichtiger Prozessabschnitt, die *Litiscontestation*[33]) eingetreten.

Nachdem die legis actiones aufgehoben waren, fand bisweilen doch noch eine Nachbildung einer legis actio, namentlich der per sacramentum (nicht jedoch der leg. act. per condictionem) statt *(actiones quae ad formam legis actionis exprimuntur* im Gegensatz zu den Klagen *quae sua vi ac potestate constant)*[34]). Es musste nämlich der Beklagte in gewissen Fällen dem Kläger oder mussten beide sich gegenseitig auf Befehl des Prätors eine Wettsumme stipuliren, entweder so, dass dadurch bloss eine Form geschaffen werden sollte, um zu prozessiren, wie wenn es sich bloss um diesen persönlichen Anspruch der Wette handle *(sponsio praeiudicialis)*, oder so, dass der Unterliegende diese Summe zur Strafe an den Sieger verlieren sollte *(sponsio poenalis)*. Ein solches sponsione provocare fand in ersterer Art bei den actiones in rem statt[35]) und in der letzteren Art bei den Interdicten[36]).

IV. Die Zeit der Verhandlung in iudicio war gewöhnlich der dies perendinus, d. h. übermorgen[37]).

In iudicio begann die Verhandlung im ordentlichen Processe mit der *peroratio* oder *perpetua oratio*, d. h. mit den ausführlichen Deductionen beider Parteien oder ihrer Anwälte. Darauf folgte die *probatio*, d. h. die Beweisaufnahme, und endlich die *altercatio*, d. h. ein Schlussrésumé und eine Schlussdisputation mit kurzen Fragen und Antworten. Bei der legis actio per sacramentum ging der peroratio noch eine kurze Recapitulation der Klage und der Antwort des Beklagten, resp. des vom Magistrate bei der Bestellung des iudex gegebenen Résumé's voraus, weil hier der iudex noch nicht

30) S. o. §. 106 f. — 31) S. o. §. 119. S. 242. — 32) Gai. IV. 15. 18; Ascon. in Verr. II. 1. 9. pag. 194. ed. Orelli; Serv. ad Aen. VI. 431; Walter, R. Rg. §. 731. Note 41 f. — 33) S. u. §. 124. — 34) Gai. IV. 10. 32. 33; vgl. auch Bekker, Der Legisactionenprozess mit Formeln zur Zeit Cicero's (in der Ztschr. für Rgsch. Bd. 5. S. 341 ff.). — 35) Gai. IV. 91—95; s. o. S. 224. und u. §. 150. nr. II. 2. — 36) Gai. IV. 165—168; s. o. §. 114. S. 231 ff. — 37) Gai. IV. 15; Cic. pro Murena 12; Gell. X. 24; Ascon. in Verr. I. 9; Fest. v. Res.; l. 6. Cod. de sent. VII. 45.

an der schriftlichen formula eine feste Basis hatte. Diese Vorverhandlung hiess *causae coniectio* oder *collectio*[38]).

Ueber das Verfahren in iudicio gab es schriftliche, wissenschaftliche Anweisungen: *libri de officio iudicis*, welche aber sämmtlich verloren gegangen sind. Das Verfahren in iudicio war ganz mündlich, aber eine ausserordentliche Protocollführung war nicht verboten. Es entschied die subjektive Ueberzeugung des Richters, ohne dass er an objektive Beweisregeln gebunden war. Das Urtheil des Richters erfolgte in der Regel sogleich, sonst musste ein amplius oder eine amplicatio (Vertagung) ausgesprochen werden. Wenn der Richter beschwor: *rem sibi non liquere*, so wurde ein neuer iudex bestellt, ebenso wie auch beim Tode, Wahnsinn, längerer Krankheit des iudex u. dgl. *(translatio iudicii)*. War das Urtheil pronunciirt, so hörten damit die Functionen des iudex sofort auf, so dass er selbst in continenti nichts mehr ändern konnte[39]).

Ueber das Interdictenverfahren vgl. o. §. 114. nr. II. 16. S. 231 ff.

§. 123. Das Prozessverfahren im neueren Rechte[1]).

I. Durch Diocletian war im J. 294 n. Chr.[2]) die *iudicis datio* abgeschafft; ius und iudicium befanden sich nun in einer Hand, wurden aber noch geschieden[3]). Die völlige Aufhebung der *formula* erfolgte erst 50 Jahre später durch Constantius und Constans[4]). Mit dem Wegfall der Gebundenheit des Richters an die Formel fiel auch die regelmässige Nothwendigkeit der Geldcondemnation weg[5]). Siebenzig Jahre nach Aufhebung der formulae hoben *Theodos II.* und *Valentinian III.* auch die von der Conception der Formeln bis dahin noch übrig gebliebene präparatorische Verhandlung über die *impetratio actionum et exceptionum* auf[6]). Die postulatio actionis bestand nun (etwaige mutationes abgerechnet) in der definitiven propositio actionis.

38) Die betr. Stelle ist im Verones. Gai. IV. 15. nicht ganz leserlich. — 39) L. 14. 15. 62. de re iud. XLII. 4.

§. 123. 1) Bethmann-Hollweg, Der Civilpr. des gem. R. Bd. III. Cognitiones; Wieding, Der justinianische Libellprozess. Wien 1865; Muther in München. Krit. Ueberschau Bd. IX. Heft 2 ff.; Stintzing, Formeln des justinian. Prozesses in der Ztschr. f. Rgsch. Bd. V. S. 421 ff.

2) Vgl. o. §. 108. — 3) Cf. c. 1. si per vim a. 326., c. 2. Cod. Theod. de dolo malo. II. 15. a. 319. — 4) C. 1. de formulis II. 58. a. 342; vgl. Wieding a. a. O. S. 126 ff. — 5) S. o. §. 114. nr. II. 15; §. 124. und §. 135. — 6) C. 2. de formulis et actionum impetrationibus sublatis. II. 58. a. 428; Wieding S. 147 ff.

Die *litis denunciatio* von Seiten des Klägers an den Beklagten geschah seit Constantin nicht mehr durch eine privata testatio, sondern durch Protocollerklärung bei einer Behörde, welche das ius actorum conficiendorum hatte. Im justinianischen Rechte war sie ganz hinweggefallen [7]).

II. Im justinian. Rechte geschah die Klaganstellung und die Einleitung des Prozesses durch Ueberreichung einer Klageschrift (libellus conventionis, βίβλος) an den Magistrat. Dieselbe musste von dem Kläger oder einem tabellarius unterschrieben sein und eine kurze Bezeichnung der Klage nach ihrem Grunde und Gegenstande enthalten [8]). Bei der Ueberreichung des Klagelibells musste der Kläger zugleich ad acta Bürgschaft oder eidliche Sicherheit leisten, dass er binnen zwei Monaten litem contestiren, oder sonst dem Beklagten das Doppelte der Kosten ersetzen wolle [9]). Wenn nun der Richter die Klage zuliess, so verfügte derselbe die Insinuation der Klageschrift und die Ladung an den Beklagten durch einen Gerichtsexecutor. Dieser erhob gewisse Sporteln von dem Beklagten, welche sich nach der Grösse des Klagobjektes bestimmten; ferner ein schriftliches, mit Datum versehenes Empfangsbekenntniss (libellus responsionis oder contradictorii libelli, ἀντίβιβλος) [10]), und eine cautio iudicio sisti, die vermittelst Bürgschaft zu bestellen war. Nur Grundbesitzer und personae illustres brauchten bloss eine cautio iuratoria zu leisten und andere privilegirte Personen im Nothfalle. Konnte die Caution nicht gestellt werden, so musste der Beklagte dem Executor folgen und wurde er von diesem bewacht, oder in gerichtlichem Gewahrsam behalten [11]).

Im ersten Termine musste der Kläger seine Klage vollständig vortragen und der Beklagte sich darüber erklären. Die Klage wurde dann durch mündliche Reden und Gegenreden, die von den officiales protokollirt wurden, fortgeführt, ohne eigentliche Form oder festbestimmte Ordnung [12]). Alles bestimmte sich vielmehr nach der individuellen Sachlage und wurde von dem Richter dieser entsprechend geleitet. Die Beweise wurden in natürlicher, einfacher Ordnung geführt; zunächst wurden freilich prozesshinderndc und dilatorische Einreden verhandelt (z. B. die exceptio der Verjährung, fori declinatoria). Die anderen Einreden kamen erst dann zur Ver-

7) S. o. §. 122. II. S. 255. — 8) Nov. 112. c. 2. — 9) Nov. 112. c. 2. — 10) Nov. 53. c. 3. §. 2. — 11) L. 1. Cod. de sport. III. 2; l. 6. Cod. de custodia reor. IX. 4; Nov. 134. c. 9. — 12) Joann. Lyd. de magist. III. 20. 27; l. 32. §. 2. Cod. de appell. VII. 62; Symmachus lib. X. ep. 39. ep. 48. bei Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfahren und Prozess des sinkenden römischen Reiches. Bonn 1834. S. 403 ff.

handlung, wenn der Kläger seine Klage bewiesen hatte[13]), ja sie wurden in jedem Stadium des Prozesses bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Sache, sogar noch in der Appellationsinstanz, zugelassen[14]). Der Richter sollte die Parteien auffordern, alles Sachdienliche herbeizuschaffen (Official-Maxime)[15]). Wenn der eine Theil auf weiteres Vorbringen verzichtete, so sollte der Richter dem Gegner dreimal eine Frist von einem Monat setzen und dann zum Urtheile schreiten[16]). Das Urtheil musste jetzt bei Strafe der Nullität niedergeschrieben und vom Papier vorgelesen (recitirt) werden (recitatio ex periculo)[17]), hierauf wurde es in das Gerichtsbuch eingetragen, vom Richter unterschrieben und den Parteien eine Reinschrift nebst einem Actenauszug ausgefertigt[18]). Das Urtheil brauchte übrigens nicht mehr nothwendig auf Geld, sondern konnte, wenn es sich um eine Sache handelte, auch auf diese selbst gerichtet sein[19]). Vor Justinian hatte die dilatorische Einrede, wenn sie bewiesen war, die Wirkung, dass der Kläger künftig überhaupt sein Recht nicht mehr geltend machen konnte; seit Justinian erfolgte aber in diesem Falle nicht mehr eine absolutio ab actione, sondern nur mehr eine absolutio ab instantia (ab observatione iudicii)[20]).

In Betreff des besonders durch das canon. Recht (welches namentlich die Nothwendigkeit der Benennung der Klagen bei ihrer Anstellung abschaffte c. 6. x. de iudic. II. 1; die Schriftlichkeit des ganzen ordentlichen Verfahrens einführte und auf dem der moderne summarische Prozess beruht) und durch deutsche Reichsgesetze umgestalteten heutigen gemeinen Civilprozesses verweisen wir auf die Lehrbücher von Martin (13. Aufl. Heidelberg 1862), Heffter (Bonn 1842), Linde (7. Aufl. Bonn 1850), Bayer (gem. ordentl. Civilproz. 8. Aufl. München 1856, Theorie der summar. Prozesse. 7. Aufl. München 1859), Wetzell (2. Aufl. Leipzig 1863—65. 3. Aufl. 1. Abth. 1871), Renaud (Lehrb. des gemein. deutschen Civilprozessr. 2. Aufl. Leipzig und Heidelberg 1872), Endemann (das deutsche Civilprozessrecht. Heidelberg 1868). Im Folgenden stellen wir jedoch noch die einzelnen wichtigeren Prozesshandlungen und in Verbindung damit zugleich den Einfluss derselben auf das materielle Recht dar.

13) L. 9. Cod. de praescr. l. t. VII. 33; l. 9. Cod. de exc. VIII. 35; l. 19. Cod. de prob. IV. 19. — 14) L. 4. 8. Cod. de exc.; l. 2. Cod. sent. resc. non posse VII. 50; l. 6. §. 1. Cod. de appell. VII. 62; l. 4. Cod. de temp. appell. VII. 63. — 15) L. 1. Cod. Theod. de iudic. XII. 18; l. 9. Cod. Iust. eod. III. 1. — 16) Nov. 115. c. 2. — 17) L. 2. 3. Cod. de sent. ex per. recit. VII. 44; l. 1. 2. 3. Cod. Theod. eod. IV. 17. — 18) Joann. Lyd. de mag. II. 12. III. 11. 20. 42. — 19) §. 32. Inst. de act. IV. 6; l. 17. Cod. de fideic. lib. VII. 4. Vgl. o. S. 231. 258.

20) §. 10. Inst. de except. IV. 13.

§. 124. Von der litis contestatio insbesondere[1]).

I. Der Begriff der Litiscontestation hat öfters gewechselt:

1. Im *Legisactionenprozesse* war die *litis contestatio* der Schluss des Verfahrens in iure, und bestand sie darin, dass die Parteien zum Abschluss ihrer Verhandlungen in iure beiderseits ihre Zeugen aufriefen (Festus s. v. contestari), und darauf der Praetor in Gegenwart der Parteien und des iudex ein Résumé über die Vorträge der Parteien gab, und die Parteien zu der Stipulation nöthigte, sie wollten ihre Sache lediglich auf das Urtheil dieses iudex stellen. Es wurde somit von den Parteien eine von den Neueren sog. † novatio necessaria[2]), d. h. ein Vertrag dahin eingegangen, die ganze Geltendmachung des Rechtes von dem Ausspruche dieses iudex abhängig zu machen. („Apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere") [3]). Darauf beruhte die alte Rechtsregel: „De eadem re ne bis sit actio". Demgemäss konnte der Kläger nach der Litiscontestation den Prozess nicht mehr liegen lassen und statt dessen einen andern neuen Prozess anstellen. Das bisherige Klagerecht wurde durch die litis contestatio bei persönlichen Klagen in legitimis iudiciis mit einer formula in ius concepta schon ipso iure zerstört (consumirt), und in den übrigen Fällen konnte der Beklagte der neuen Klage die exceptio rei in iudicium deductae entgegenstellen. Diese sog. prozessualische Consumtion blieb als Folge der litis contestatio bestehen, auch nachdem die Form derselben sich geändert hatte und nicht mehr eine förmliche novatio von den Parteien stipulirt wurde.

2. Bei dem Verfahren *per formulas* war die *litis contestatio* ebenfalls der Schluss des Verfahrens in iure. Dieser bestand aber jetzt nur in der Ertheilung der schriftlichen formula von Seiten des Prätors an den iudex; damit war lis ordinata oder res in iudicium deducta.

3. Seit Aufhebung des Formelverfahrens und schon vorher bei den extraord. cognitiones bestand die *litis contestatio* in dem Zeitpunkte, wo die Parteien ihre ersten ausführlichen Vorträge beendigt

§. 124. 1) Gai. III. 180. 181. IV. 104—109; Dig. V. 1. Cod. III. 1. de iudiciis; III. 9. de litis contestatione; Keller, Ueber Litiscontestation und Urtheil nach klass. röm. Rechte. Zürich 1827; Ders., Civilprozess §. 59 ff.; E. J. Bekker, Die process. Consumption im klass. röm. R. Berlin 1853; Vangerow I. §. 160; Kleinschrod, Die prozess. Consumtion und die Rechtskraft des Civilurtheils. Leipzig 1875.

2) S. u. §. 219. nr. IV. — 3) Gai. IV. 180.

hatten („per narrationem propositam et contradictionem obiectam lis contestatur[4]) — — lis enim tunc contestata videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit.")

4. Das canonische Recht[5]) begrenzte das Wesen der *litis contestatio* enger; sie soll nicht in der blossen narratio und responsio, der Aufstellung von Behauptungen und Gegenbehauptungen des Klägers und Beklagten bestehen, sondern es soll dazu gehören, dass der Kläger seine *petitio*, sein Klagbegehren aufstellt und der Beklagte darauf antwortet, ob er das *petitum* des Klägers befriedigen wolle oder nicht. Es ist also die litis contest. hiernach weniger als ein Zeitpunkt, denn als eine zweiseitige Parteihandlung anzusehen.

5. Nach dem J. R. A. v. J. 1654 besteht die litis contestatio in der ersten Antwort des Beklagten auf die Klage, dass er es auf den Rechtsstreit ankommen lasse (Kriegsbefestigung, Streiteinlassung), und der Beklagte soll hierin zugleich alle seine exceptiones im Voraus aufzählen.

II. Die Wirkungen der *litis contestatio* sind folgende:

1. Eine negative Wirkung, nämlich die schon besprochene prozessualische Consumtion, welche aber insoweit sie direct eintrat, mit ihren Voraussetzungen im späteren Rechte wegfiel, und soweit sie indirect mit der exceptio rei in iudicium deductae geltend gemacht werden konnte, von Justinian[6]) ebenfalls aufgehoben wurde.

2. Folgende positive Wirkungen:

a. Bei der Frage, ob das Recht des Klägers begründet sei, entscheidet der Zeitpunkt der litis contestatio. Es nützte dem Kläger für den angestellten Prozess nichts, wenn nach der litis cont. erst sein Recht begründet wurde[7]). Wenn der Beklagte die Sache oder das Recht, um welches es sich handelte, nach der lit. cont. erst erwarb, so stimmten Sabinianer und Proculianer darin überein, dass, wenn die Klage ein bonae fidei iudicium sei, der Beklagte ein freisprechendes Urtheil erlangen solle. Die Sabinianer behaupteten dieses auch für die stricti iuris iudicia (omnia iudicia esse absolutoria), und Justinian bestätigte die Ansicht der Sabinianer[8]).

b. Mag die condemnatio noch so spät erfolgen, so muss der

4) Iustinian. l. 14. §. 1. Cod. de iud. III. 1; l. 2. pr. Cod. de iureiur. propt. cal. II. 58; cf. l. un. Cod. de lit. cont. III. 9. — 5) Gregor IX. c. un. x. de lit. cont. II. 5. — 6) L. 28. Cod. de fideiuss. VIII. 41. — 7) L. 23. 25. de iud. V. 1; vgl. Vangerow I. §. 160. S. 250. der 7. Aufl. — 8) Gai. IV. 114; §. 2. Inst. de perp. et temp. act. IV. 14.

Beklagte doch immer auf Alles verurtheilt werden, was der siegreiche Kläger haben würde, wenn die Verurtheilung schon im Augenblicke der lit. cont. hätte erfolgen können[9]). Der bonae fidei possessor muss daher dem Kläger für die Zeit post litem contestatam für omnis culpa haften und alle fructus, die seitdem von ihm consumirt oder gezogen wurden oder hätten gezogen werden können, ersetzen, während er für die Zeit vor der litis contestatio bloss für die fructus exstantes haftet. Der malae fidei possessor haftet bis zur litis contestatio so, wie der bonae fidei possessor post litem contestatam; aber post litem contestatam haftet der malae fidei possessor sogar für diejenigen fructus percipiendi, die er selbst nicht hätte ziehen, die aber wegen besserer Vorrichtungen und dergleichen von dem wirklich Berechtigten inzwischen etwa mehr hätten gezogen werden können; ausserdem haftet er von der litis contestatio an auch für casuellen Untergang der Sache, es sei denn, er wiese nach, dass dieser casus auch den wirklich Berechtigten getroffen haben würde[10]).

c. Wenn der mit einer Noxalklage Belangte post litem contestatam die Möglichkeit der noxae datio verliert, so haftet er nun dennoch für den Ersatz des von seinem Sclaven oder Thiere verursachten Schadens[11]).

d. Die Verjährung der Klage wird unterbrochen, und es beginnt jetzt eine 40jährige Verjährung, die der Litispendenz[12]). Diese Wirkung ist übrigens schon nach justinianischem Rechte mit der Insinuation der Klage verbunden[13]).

e. Post litem contestatam omnes omnino actiones ad et in heredes transeunt[14]).

f. Die Streitsache *(res litigiosa)* oder streitige Forderung kann nach der litis contestatio nicht mehr gültig veräussert oder cedirt werden; ausgenommen sind hier aber unfreiwillige Veräusserungen, Veräusserung durch Vergleich, Erbtheilung, Vermächtniss, Bestellung einer dos, einer donatio propter nuptias[15]). Nach Nov. 112. c. 1. tritt in Betreff vindicirter Sachen das Veräusserungsverbot schon von der Mittheilung der Klage an in Kraft.

g. Ebenso haftet derjenige, qui dolo malo liti se obtulit, d. h.

9) L. 25. §. 7, l. 36. §. 4, l. 40. pr. de her. pet. V. 3; l. 17. §. 1, l. 20. 45. de R. V. VI. 1; l. 31. pr. de R. C. XII. 1; l. 35. 75. de V. S. — 10) L. 17. i. f., l. 18. 27. §. 1. de R. V. VI. 1; l. 2. §. 21. pro emt. XLI. 4; l. 14. §. 1. depos. XVI. 3; l. 35. i. f. de V. S. — 11) L. 1. §. 13. 16. si quadrup. IX. 1; l. 37. 38. pr. de nox. act. IX. 4. — 12) S. o. §. 118. II. S. 238. — 13) L. 7. pr. §. 1. Cod. de ann. exc. VII. 40; s. o. §. 123. S. 259. — 14) S. o. §. 116. S. 237. — 15) Dig. XLIV. 6. de litigiosis; Cod. VIII. 36. cf. fragm. de iure fisci §. 8; l. un. Th. Cod. de litigiosis. IV. 5.

der sich dolose auf den Streit einliess, als ob er wirklicher Besitzer der Sache wäre, gleich einem wirklichen Besitzer[16]). Gerade so ist es bei demjenigen, qui dolo malo desiit possidere, d. h. wer nach der litis contest. die Streitsache bei Seite schafft, haftet nach den Grundsätzen sub a) und b), wie wenn er dieselbe noch besässe. In diesen beiden Fällen spricht man von einem *fictus possessor*.

Nach canon. und heutigem Rechte treten sämmtliche römische Wirkungen der litis contest. schon mit der Insinuation der Klage ein, nur zu dem Falle, wo Jemand dolo malo liti se obtulit, bedarf es der litis contestatio.

§. 125. Von dem Beweise im Allgemeinen[1]).

Unter Beweis versteht man:

1. Die Beweisführung *(probatio)*, d. h. alle die Handlungen, welche bei dem Richter eine juristische Ueberzeugung begründen.

2. Den Beweissatz *(thema probandum)*. Nur streitige, ungewisse und erhebliche Thatsachen bilden den Gegenstand des Beweises; Rechtssätze nur ausnahmsweise, nämlich:

a) wenn ein Gewohnheitsrecht dem Richter unbekannt ist, und

b) wenn es sich um ein dem Richter unbekanntes, ausländisches Recht handelt. Sonst gilt die Regel: iura novit curia.

3. Die Beweislast *(onus probandi)*, d. h. die Verbindlichkeit zur Beweisführung. Diese liegt demjenigen ob, der positive oder negative Thatsachen behauptet, um darauf Rechte oder die Befreiung vom Rechte des Gegners zu gründen[2]).

4. Die Beweismittel *(media probandi)*, welche dem Richter die juristische Ueberzeugung verschaffen sollen. Diese sind a) Personen, b) Sachen, c) das Gesetz selbst (praesumtiones).

5. Die Beweisgründe *(argumenta probandi)*, d. h. die Resultate der angewandten Beweismittel.

§. 126. Das Gesetz als Beweismittel oder die Praesumtionen[1]).

I. Das Gesetz hat an gewisse Thatsachen gewisse Schlussfolgerungen angeknüpft, jedoch so, dass im einzelnen Falle der Gegen-

16) L. 20. §. 6. l. 45. de her. pet. V. 3; l. 25—27. pr. de R. V. VI. 1.

§. 125. 1) Dig. XXII. 3. de probationibus et praesumtionibus; Cod. IV. 19. de probationibus. — 2) L. 2. h. t. XXII. 3; l. 23. Cod. h. t. IV. 19; vgl. o. §. 16. S. 27; §. 121. nr. I. VI. S. 248. 252.

§. 126. 1) Dig. XXII. 3. de probationibus et praesumtionibus. — Burckhardt, Die civilistischen Praesumtionen. Weimar 1866; Demelius, Die Rechtsfiction. Weimar 1858.

beweis der Unrichtigkeit jener Schlussfolgerung gestattet ist (Rechtsvermuthungen, *praesumtiones iuris*), z. B. pater est quem iustae nuptiae demonstrant[2]).

II. An gewisse Thatsachen hat aber das Gesetz Schlussfolgerungen als unumstösslich gewiss angeknüpft (sog. † *praesumtiones iuris et de iure*, die man richtiger *fictiones* nennen würde), z. B. der Contumax kann keinen Gegenbeweis gegen die Beweise seines Gegners mehr vorbringen; ferner ein Schuldschein beweist nach zwei Jahren vollkräftig[3]).

Beiderlei Arten von Präsumtionen sind immer singulärer Art, sie dürfen niemals ohne eine specielle gesetzliche Bestimmung angenommen und auch nicht analog ausgedehnt werden.

III. Nicht das Gesetz, sondern der Richter ist Beweismittel bei den sog. praesumtiones † hominis sive facti, d. h. bei den Schlussfolgerungen, die nach menschlicher Vernunft und Erfahrung aus gewissen Thatsachen hervorgehen und regelmässig eine blosse Wahrscheinlichkeit begründen. Diese praes. hominis kommen nur in Betracht, insoweit sie auf die Ueberzeugung des Richters bei Aufnahme von Augenschein oder bei dem Indicienbeweise einwirken[4]).

§. 127. Sachen als Beweismittel[1]).

I. Dieses sind Urkunden (instrumenta, documenta). *Documenta publica*, d. h. unter gerichtlicher (oder heutzutage auch notarieller) Auctorität errichtete oder gerichtlich beglaubigte Urkunden beweisen regelmässig ohne Weiteres gegen Jeden. Ihnen stehen in manchen Fällen *documenta quasi publica* gleich, d. h. von drei testes optimae opiniones unterzeichnete Urkunden. Privaturkunden beweisen dagegen, nachdem ihre Echtheit feststeht, doch in der Regel nur dem Aussteller gegenüber. Nur insoweit als die Privaturkunde eine Verfügung des Ausstellers enthält, zu der er befugt ist, muss der Bestand dieser Disposition auch gegen jeden Dritten damit als bewiesen anerkannt werden.

II. Eine Privat-Bescheinigung (ein Handschein) über den Empfang eines Darlehens (chirographum de mutuo) bewies aber vor Justinian erst nach fünf, seit Justinian nach zwei Jahren, dass das Darlehen wirklich empfangen sei[2]). Klagt der Empfänger des Schuldscheins vor Ablauf jener Zeit auf Grund des blossen Schuldscheins auf Rückzahlung des Darlehens, so kann der Beklagte die

2) Vgl. §. 59. S. 135. — 3) S. u. §. 127. — 4) S. u. §. 128. nr. 1.

§. 127. 1) Dig. XXII. 4. Cod. IV. 21. de fide instrumentorum. — 2) L. 14. Cod. de non num. pec. VI. 30.

exceptio non numeratae pecuniae entgegen stellen, die aber in Wirklichkeit eine litis contestatio negativa ist[3]). Während jener zwei (oder vor Justinian fünf) Jahre kann der Aussteller auch den Schuldschein mit einer condictio causa data causa non secuta (sog. † querela non numeratae pecuniae) zurückfordern[4]).

III. Derjenige, welcher eine Privat-Bescheinigung über den Empfang der dos ausstellte, hat in derselben Weise eine *exceptio* und † *querela non numeratae dotis* (wie man hier die condictio causa data causa non secuta genannt hat), während eines ganzen Jahres nach Auflösung der Ehe, wenn die Ehe nur bis zu zwei Jahren gedauert hat; drei Monate lang, wenn die Ehe über zwei, aber höchstens zehn Jahre gedauert hat; aber wenn die Ehe über zehn Jahre gedauert hat, so gilt die Urkunde schon sofort als beweisend, wenn nur die Aechtheit derselben constatirt ist[5]).

IV. Nicht zu verwechseln mit der Bescheinigung, ein Darlehen oder eine dos jetzt empfangen zu haben, ist die Bescheinigung, dass man zu einem bestimmten, in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkte das Darlehen oder die dos empfangen habe; eine Bescheinigung der letzteren Art hat sofort Beweiskraft.

V. Quittungen[6]) beweisen erst nach dreissig Tagen, jedoch die von öffentlichen Behörden ausgegangenen Quittungen beweisen sofort. Hat man über wiederkehrende Zahlungen an öffentliche Cassen, z. B. über Steuerzahlungen die Quittungen über die drei letzten Jahre („si trium cohaerentium tibi annorum apochas securitatesque protulerit“), so gelten schon nach röm. Rechte auch die Leistungen aus den früheren Jahren als bezahlt[7]). Die Praxis hat dieses auf alle Quittungen ausgedehnt[8]).

§. 128. Die Personen als Beweismittel.

Diese sind:

I. Der Richter selbst bei Aufnahme von Augenschein und bei den Schlussfolgerungen, die er aus den von ihm als wahr erkannten Thatsachen kraft seiner Vernunft und Erfahrung zieht (Indicienbeweis).

II. Das ganze Publikum im Falle der Notorietät; ferner einzelne dritte Personen, und diese können sein

1. die Parteien selbst, beim *iuramentum delatum* und *rela-*

3) S. o. §. 121. nr. I. S. 248. — 4) Inst. III. 22. de literar. obligat.; Cod. VI. 30. de non numerata pecunia. — 5) Cod. V. 15. de dote cauta non numerata. — 6) L. 14. §. 2. Cod. de non num. pec. VI. 30. — 7) Marcian. l. 3. Cod. de apochis publicis X. 22. — 8) Vgl. auch noch u. §. 214. nr. 1. 2.

tum[1]) und bei dem Geständniss[2]). Was das letztere betrifft, so gilt als vollbeweisend nur das gerichtliche Geständniss, d. h. das in demselben Rechtsstreite, unter denselben Parteien und vor dem nämlichen Richter (nach röm. Rechte so lange die Trennung des Verfahrens in iure und in iudicio bestand: schon vor dem Prätor, d. h. in iure) abgelegte Geständniss[3]). Seitdem keine Trennung des Verfahrens in iure und in iudicio mehr vorkam, und auch noch im heutigen Rechte ist nach dem gerichtlichen Geständniss immer ein richterliches Erkenntniss nöthig, wodurch der Inhalt des Geständnisses, einerlei ob dieses auf ein certum oder incertum ging, bekräftigt wird; aber der Inhalt des Geständnisses wird dabei einfach als wahr zu Grunde gelegt, so dass es insofern noch immer heisst: *confessio pro veritate habetur*. Jedes andere Geständniss, selbst wenn es vor Gericht in einem anderen Prozesse gemacht wurde, ist ein aussergerichtliches, welches, wenn es bestritten wird, noch erst bewiesen werden muss und gegen welches auch dann noch ein Gegenbeweis zulässig ist. Gegen ein gerichtliches Geständniss ist dagegen kein Gegenbeweis zulässig, und dasselbe kann auch nicht mehr widerrufen werden. Nur eine in integrum restitutio wegen entschuldbaren factischen Irrthums ist zulässig, jedoch in den Fällen, wo lis contra infitiantem crescit in duplum, d. h. wo der Läugnende zur Strafe auf das Doppelte verurtheilt wird (wie z. B. bei der actio leg. Aquiliae[4]), oder wenn Jemand das gegen ihn gefällte Urtheil zu erfüllen sich weigert und desshalb mit der actio iudicati[5]) belangt wird), ist auch die in integr. rest. gegen das gerichtliche Geständniss ausgeschlossen, weil das Geständniss hier gleichsam wie ein Transact[6]) zu betrachten ist.

2. Ferner Sachverständige, d. h. solche Personen, welche kraft ihrer wissenschaftlichen oder technischen Kenntniss ein Gutachten über die Ursachen, Folgen und Wirkungen der wahrgenommenen thatsächlichen Verhältnisse abgeben.

3. Endlich Zeugen, d. h. Personen, welche einfach bloss über die mit ihren äusseren Sinnen wahrgenommenen Thatsachen aussagen. Wie viele Zeugen zum Beweise nöthig seien, überlässt das röm. Recht dem Ermessen des Richters; das canon. Recht verlangt zum vollen Beweise mindestens 2 Zeugen (in ore duorum vel trium testium stat omnis veritas).

§. 128. 1) S. o. §. 122. nr. III. 4. — 2) Dig. XLII. 2. Cod. VII. 59. de confessis. — 3) Vgl. o. §. 122. III. 2. S. 255. — 4) S. u. §. 211. — 5) S. u. §. 130. — 6) S. u. §. 219. nr. XVI. 3.

§. 129. Der Eid[1]).

I. Eid, *iuramentum* (*affirmatio religiosa* bei Cicero genannt), ist eine feierliche Betheuerung der Wahrheit einer Aussage unter Berufung auf die Gottheit als Rächerin der Unwahrheit.

II. Man unterscheidet dem Inhalte nach den Versicherungseid (*iuramentum assertorium*), durch welchen die Wahrheit von etwas Vergangenem versichert wird, und den Versprechungseid (*iuramentum promissorium*), durch welchen die Wahrheit von etwas Zukünftigem, die Erfüllung einer Verbindlichkeit versichert wird.

III. Der Form nach unterscheidet man vorzüglich den gerichtlichen und den aussergerichtlichen Eid. Der erstere ist der häufigere, der letztere kommt hauptsächlich zur Bestärkung promissorischer Verbindlichkeiten und als eine Art von Transact[2]) vor.

IV. Die gerichtlichen Eide werden bald von den Parteien, bald von Anderen: Zeugen und Sachverständigen geschworen.

V. Die Parteien schwören vor Gericht bald Haupteide, bald Nebeneide. Haupteid ist der, welcher eine gar nicht versuchte oder eine gänzlich misslungene Beweisführung ersetzen soll (iuram. delatum et relatum[3]) und iur. in litem)[4]). Der Haupteid und die aussergerichtlichen Eide sind *iuramenta voluntaria.* Dagegen sind die Nebeneide oder Hülfseide: *iuramenta necessaria,* Notheide, insofern der Richter sie ganz unabhängig von den Anträgen der Parteien fordern oder ausschliessen kann. Zu diesen Nebeneiden gehören:

a) Die juratorischen Cautionen[5]), namentlich auch das *iuramentum calumniae,* d. h. der Eid, man stelle seine Klage nicht zur blossen Chicane des Andern an.

b) Die Eide, welche als Zugaben zu einer theilweise gelungenen oder nicht gänzlich misslungenen Beweisführung vorkommen. Schon nach römischem Rechte konnte der Richter ein *iuramentum* † *suppletorium* zur Ergänzung eines unvollständig erbrachten (nach der heutigen Praxis des mehr als halben) Beweises auflegen. Statt dessen kann der Richter nach seinem Ermessen, wie die Praxis auf Grund canonischer Bestimmungen gestattete, dem Beklagten oder Angeschuldigten auch zur Entkräftung des (weniger als halben)

§. 129. 1) Dig. XII. 2. de iureiurando, sive voluntario sive necessario sive iudiciali; Cod. IV. 1. de (rebus creditis et) iureiurando. — Decr. Grat. P. II. C. 22; Libr. x. II. 24; Lib. sext. II. 9. de iureiurando. — 2) S. u. §. 219. nr. XV. 3. — 3) S. o. §. 122. III. 4. S. 256. — 4) S. o. §. 114. nr. II. 15. S. 230 f. — 5) S. o. §. 102. S. 201.

unvollständig erbrachten Beweises, ein *iuramentum † purgatorium* auflegen. Manche neueren Particularrechte schliessen diesen letzteren Eid jedoch vollständig aus.

VI. Zu den gerichtlichen iuramenta voluntaria gehört in gewissem Sinne auch das *iuramentum in litem*, wodurch der Kläger bei den actiones arbitrariae[6]), und noch heutzutage in Ermangelung anderer Beweismittel und beim Untergange des Klagobjektes selbst, die Grösse der vom Beklagten zu zahlenden Werthsumme feststellt. Ein iuramentum in litem † affectionis, d. h. so dass der Schwörende auch den Affectionswerth, den die Sache für ihn hat, in Anschlag bringen dürfte, gibt es aber nicht[7]).

Eine besondere Art von iur. in litem ist das *iuramentum Zenonianum*, wodurch der Umfang des Schadens, den man durch die Dejection von einem praedium erlitt, festgestellt wird; aber hierbei soll der Richter immer im Voraus ein Maximum festsetzen und schon nach röm. Rechte war dieser Eid nur ein subsidiärer[8]).

VII. Der Form nach unterscheidet man ferner den schriftlichen und mündlichen Eid *(iur. corporale)*. Der mündliche oder körperliche Eid bildet die Regel, namentlich beim gerichtlichen Eide. Ueber die Form des iuramentum extraiudiciale entscheidet der Vertrag. Eine blosse Versicherung an Eidesstatt in einem Vertrage zieht die nämlichen privatrechtlichen Wirkungen wie ein Eid, nur nicht die Strafe des Meineides nach sich. Der gerichtliche Eid soll mündlich unter Aufhebung der drei nach innen gekehrten Mittelfinger der rechten Hand geschehen. Geistliche und Frauen legen die rechte Hand auf die linke Brust (das Herz). Der gerichtliche Eid soll in Gegenwart des Richters, wo möglich im Gerichtslocale, nach canonischem Recht[9]) im Zustande gänzlicher Nüchternheit, nach heutigem Gebrauche wenigstens Vormittags, und nach dem Reichsabschiede zu Augsburg vom J. 1555 §. 17. mit der Formel „So wahr mir Gott helfe und sein heiliges Evangelium" geschworen werden. Was beschworen werden soll, wird einzeln dem Schwörenden vorgesagt, und von ihm nachgesprochen (gelehrter Eid), oder es wird auch wohl das zu Beschwörende vorgelesen und mit Bezug darauf die Eidesformel ausgesprochen. Viele Particularrechte schreiben eine vorherige Eidesbelehrung durch den Richter oder einen Geistlichen der betreffenden Confession vor[10]).

6) S. o. §. 114. nr. II. 15. S. 230 f. — 7) Dig. XII. 3. Cod. V. 53. de in litem iurando; vgl. Vangerow I. §. 111. — 8) Zeno l. 9. Cod. unde vi. VIII. 4. — 9) C. 16. C. 22. qu. 5. — 10) Die jetzt unpraktischen reichsgesetzlichen Bestimmungen über den Judeneid finden sich bei Glück, Pand. Comm. Bd. 12. S. 98 ff.

Der Eid durch einen Stellvertreter ist regelmässig nicht zulässig. Bei juristischen Personen ist der Eid jedoch nicht anders möglich. Auch das *iuramentum calumniae*[11]) kann durch einen speziell beauftragten Stellvertreter geleistet werden, und das iur. delatum und relatum kann durch einen Stellvertreter geleistet werden, wenn die Gegenpartei es gestattet.

VIII. Die materiellen Erfordernisse des Eides hat man häufig kurz als die *tres comites iuramenti: iudicium in iurante, iustitia in iurando* und *veritas in mente* bezeichnet. Aber es müssen hierbei mehrfache Unterscheidungen gemacht werden:

1. *Iudicium in iurante*, d. h. der Schwörende muss hinreichend entwickelten Verstand haben. Infantes und furiosi können keine Eide ablegen; impuberes infantia maiores dürfen nach röm. Rechte schwören, können aber nicht dazu gezwungen werden, und nach heutiger Praxis lässt man dieselben zu gerichtlichen Eiden überhaupt nicht zu.

2. Was die † *iustitia in iurando* oder *in obiecto* betrifft, so muss man unterscheiden zwischen dem assertorischen und promissorischen Eide. Durch letzteren kann man sich nicht zu etwas Ungerechtem oder Unsittlichen verpflichten. Bei assertorischen Eiden kommt es darauf an, ob das betreffende Rechtsverhältniss der willkürlichen Verfügung der Parteien unterliegt oder nicht, d. h. ein Transact zulässig ist oder nicht; nur im ersteren Falle kann durch iuramentum delatum oder relatum oder ein iuramentum extraiudiciale der Parteien etwas entschieden werden. Unzulässig ist daher z. B. in Ehescheidungssachen ein iuramentum delatum oder relatum der Parteien, indem die Ehescheidungssachen nach canon. Rechte durchaus der Willkür der Parteien entzogen sind. Notheide können dagegen bei jedem Beweisthema vorkommen.

3. In Betreff der Willensbestimmung *(veritas in mente)* muss ebenfalls zwischen assertorischen und promissorischen Eiden unterschieden werden. Bei den Römern erzeugte der promissorische Eid nur eine moralische Verbindlichkeit. Wenn daher ein Zwang, Betrug oder Irrthum den Eid veranlasst hatte, so konnten desshalb die gewöhnlichen Rechtsmittel angewandt werden, um die Nachtheile des durch den promissorischen Eid bekräftigten Rechtsgeschäfts unwirksam zu machen. Die Authentica *Sacramenta puberum* von Friedrich I.[12]) schloss aber die Anfechtung von Veräusserungsgeschäften eines minor, die sonst nichtig wären, aus,

11) S. o. nr. V. a. S. 268.
12) Im Cod. II. 28.

wenn sie eidlich bekräftigt worden, und das can. Recht[13]) legte dem promissorischen Eide überhaupt die Wirkung bei, dass dadurch ein sonst in Folge positiver Rechtsvorschrift ungültiges oder rescissibeles Geschäft rechtlich wirksam wird, falls das Geschäft nicht an sich schon etwas Unmoralisches enthält. Desshalb darf man nach canon. Rechte auch im Falle des Zwanges, Betruges oder Irrthums sich nicht willkürlich über den Eid hinwegsetzen, sondern muss man bei der Obrigkeit (im Mittelalter bei dem geistlichen, jetzt in Betreff der bürgerlichen Wirkungen bei dem weltlichen Richter) zuerst um Relaxation des Eides nachsuchen[14]).

Bei assertorischen Eiden tritt nach römischem wie nach canonischem Rechte die Wirkung ein, dass das als wahr Bezeugte für juristisch gewiss gilt. Wenn nun bei einem Zeugeneide nachgewiesen wird, dass ein Zwang oder Irrthum oder Betrug oder ein wissentlicher Meineid vorliegt, und es wird dieses vor dem Urtheile entdeckt, so ist die ganze Aussage ungültig; wird dieses aber erst post rem iudicatam entdeckt, so muss nach allgemeinen Grundsätzen eine in integrum restitutio gegen das Urtheil zugelassen werden. Bei assertorischen Eiden der Parteien kann vom Einfluss eines gegen die schwörende Partei verübten Zwanges und Betruges so leicht nicht die Rede sein, weil die Partei zu ihren eigenen Gunsten schwört; hat die eine Partei aber irrthümlich oder wissentlich einen falschen Eid zum Nachtheil der andern geschworen und dieses stellt sich heraus, so änderte dieses nach röm. Rechte beim iuram. delatum oder relatum und extraiudiciale nichts an der einmal abgethanen Sache, weil man selbst alles auf den Eid des Andern hatte ankommen lassen. Wurde aber ein iuram. necessarium der anderen Partei als falsch nachgewiesen, so bildete dieses schon nach röm. Recht[15]) einen genügenden Grund für eine in integrum restitutio contra rem iudicatam. Nach canon. Rechte wurde aber auch der Meineid überhaupt bestraft und trat auch in den beiden ersteren Fällen eine Verbindlichkeit zu vollständigem Schadensersatz ein. Ebenso verhängte die C(onstitutio) C(riminalis) C(arolina) v. J. 1532 Art. 107. Strafen wegen jedes gerichtlichen Meineides und gewährte sie vollen Schadensersatz, so dass desshalb seitdem auch das als falsch nachgewiesene iuram. delatum oder relatum einer Partei für die andere Partei unschädlich gemacht wird.

13) C. 1. 6. 8. 9. 15. 18. 20. 28. 33. x. de iureiur. II. 24; c. 2. in VIto. iureiur. II. 11; c. 58. in VIto. de R. I.; c. 2. in VIto. de pactis I. 18.

14) C. 2. 8. 15. x. de iurei. II. 24.

15) L. 31. de iurei. XII. 2.

§. 130. Von den Wirkungen des Urtheils[1]).

I. Ein Urtheil ist nichtig, wenn eines der essentialia des Prozesses nicht beobachtet ist, oder wenn es dem Beklagten etwas physisch oder juristisch Unmögliches auflegt, oder einem früher ergangenen rechtskräftigen Erkenntnisse widerspricht, oder wenn ein error calculi (Rechnungsfehler) vorliegt. Nach röm. Rechte ist das Urtheil auch nichtig, wenn es gegen einen unbestritten in den Gesetzen klar enthaltenen Rechtssatz (contra ius in thesi clarum) verstösst. Der J(üngste) R(eichs) A(bschied)[2]) hat aber für diesen Fall bestimmt, es bedürfe der Anfechtung des Urtheils durch Appellation.

II. Ein an sich rechtsbeständiges Urtheil gilt als rechtskräftig, wenn kein ordentliches Rechtsmittel, d. h. keine Appellation mehr dagegen zulässig ist. Jedoch wenn von den Parteien auf die Appellation verzichtet wurde, oder die Sentenz ihrem Entscheidungsgrunde nach auf ein iuramentum delatum basirt ist, oder wenn das Urtheil in contumaciam gefällt wurde, oder wenn eine tertia sententia conformis vorliegt, so wird das ergangene Urtheil sogleich rechtskräftig und ist keine Appellation zulässig.

III. Das rechtskräftige Erkenntniss gilt formell als richtig, sollte es materiell auch noch so unrichtig sein *(res iudicata pro veritate habetur)*. Bei einem absolutorischen Erkenntniss bleibt nicht einmal eine naturalis obligatio des Beklagten übrig, wenn in Wirklichkeit vorher eine klagbare obligatio bestand und der Inhalt des Urtheils auf völlige Aberkennung der obligatio lautet[3]).

IV. Das Urtheil erstreckt seine rechtlichen Wirkungen übrigens nur auf die beiden Parteien des Prozesses und deren Universal-Successoren *(res iudicata ius facit tantum inter partes)*.

V. Wenn die sententia eine *absolutoria* ist, so entsteht aus derselben eine exceptio rei cohaerens[4]), die *exceptio iudicati* (rei iudicatae), welche vom Beklagten geltend gemacht werden kann, so oft von derselben Seite eine neue Klage erhoben wird, deren Durchführung mit dem vorhandenen rechtskräftigen Erkenntniss in

§. 130. 1) Cod. VII. 64. quando provoc. non est necesse; Dig. XLIX. 1. quae sent. sine appell. — Dig. XLII. 1. de re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus; XLIV. 2. de exceptione rei iudicatae; Cod. VII. 45. de sententiis et interlocutionibus omnium iudicum. VII. 52. de re iudicata; VII. 53. de executione rei iudic.; VII. 54. de usur. rei iudic.; VII. 56. quibus res iudicata non nocet; VII. 60. inter alios acta vel iudicata aliis non nocere. Vgl. Savigny, System Bd. VI. §. 280—301; Vangerow I. §. 173; Windscheid, Pand. §. 127—132.

2) S. o. §. 121 f. — 3) L. 60. de condict. indeb. XII. 6.; vgl. u. §. 219. nr. XV. 2. — 4) S. o. §. 121. nr. V. 5. S. 252.

Widerspruch treten würde *(quoties eadem res inter easdem personas in iudicium revocatur)*.

Bis auf Justinian erzeugte die except. iudicati aber auch die negative Wirkung, dass dadurch jede neue Klage über dasselbe Rechtsverhältniss unter diesen Parteien ausgeschlossen wurde, sollte auch der Inhalt der neuen Klage ein anderer sein, z. B. wenn der Kläger eine plus petitio (plus petitio *re*, d. h. durch zu viel Fordern, oder plus pet. *tempore*, d. h. durch zu früh Fordern, oder plus pet. *causa*, d. h. durch unberechtigtes Selbstauswählen unter mehreren nach der Wahl des Schuldners alternativ geschuldeten Gegenständen, oder plus petitio *loco*, d. h. durch Fordern, dass an einem andern Orte geleistet werde, als wo zu leisten geschuldet wurde) gemacht hatte und desshalb abgewiesen war (causa cadebat); es wurde hier die neue Klage, wenn sie auch nur auf den richtigen Anspruch ging, dennoch durch die exceptio rei iudicatae zurückgewiesen[5]). Dieses hing mit der negativen Wirkung der litis contestatio zusammen und wurde mit dieser durch Justinian aufgehoben[6]).

VI. Im Falle der *sententia condemnatoria* erlangt aber der Kläger ein neues obligatorisches Recht, welches er gegen den Beklagten nicht bloss mit der exceptio rei iudicatae, sondern nach Ablauf der dem Verurtheilten gesetzlich eingeräumten Frist (tempus iudicati) von ursprünglich 30 Tagen, später 2 Monaten, seit Justinian 4 Monaten, durch obrigkeitliches Executionsanrufen (imploratio officii iudicis), oder wenn der Condemnirte die Thatsache der condemnatio läugnete oder dem Antrage auf Execution Einwendungen entgegenstellte, mit einer zur Anordnung eines förmlichen iudicium führenden *actio iudicati* (Klage auf Vollziehung des Urtheils) geltend machen kann. Die actio iudicati ist immer eine perpetua, wenn auch die ursprüngliche Klage nur eine temporalis war, und geht immer ad et in heredes, sollte dieses auch bei der ursprünglichen Klage nicht der Fall gewesen sein. Bei der actio iudicati haftet der Unterliegende in duplum (lis contra inficiantem crescit in duplum)[7]). Auch darf der siegreiche Kläger vom Ablauf des tempus iudicati an mit der actio iudicati das Doppelte der gewöhnlichen erlaubten Zinsen (also vor Justinian 24 %, seit Justinian 12 %)[8]) fordern. Durch die Doctrin und Praxis ist aber im heutigen Rechte überhaupt an die Stelle der actio iudicati ein einfaches Vollziehungsgesuch getreten und sind die poenae dupli, sowie jene Vorschrift in Ansehung der Zinsen weggefallen, und ist auch

5) Gai. IV. 53—60; §. 33. Inst. de act. IV. 6.— 6) S. o. §. 124. nr. I. II. 1. S. 261 f. — 7) S. o. §. 128. S. 267. — 8) S. o. §. 74. S. 155.

die Bestimmung der Zahlungsfristen dem richterlichen Ermessen anheim gestellt.

Einige Eigenheiten der ursprünglichen Klage pflanzten sich jedoch auf die actio iudicati sowie auf das einfache Executionsanrufen des heutigen Rechtes fort, nämlich 1) wenn die ursprüngliche Klage mit besonderen Garantien (Bürgschaft, Pfand), oder einem Vorzugsrecht im Concurs ausgestattet war, so hat der Kläger die nämlichen Sicherungsmittel für die actio iudicati; 2) die exceptiones S. C. Macedoniani[9]) und Velleiani[10]) können auch noch der Execution entgegengestellt werden; endlich 3) wenn das † *beneficium competentiae* (Rechtswohlthat des Nothbedarfs, der Lebensnothdurft) gegen die alte Klage vorgeschützt werden konnte, kann es auch noch gegen die actio iudicati vorgeschützt werden.

Die *exceptio* † *competentiae* (condemnationis in id quod debitor facere potest, quatenus debitor facere potest, sagen die Quellen) bestand ursprünglich darin, dass der Schulder in gewissen Fällen nur auf den Betrag seines activen Vermögens verurtheilt werden durfte[11]). Darin lag die Wohlthat, dass der Schuldner nicht zahlungsunfähig gemacht wurde und damit auch nicht in die besonderen Nachtheile der Zahlungsunfähigkeit[12]) verfiel. Die spätere Auslegung dehnte aber die Wohlthat dahin aus, dass der Schuldner nicht bloss verlangen konnte, nicht auf mehr verurtheilt zu werden, als er von seinem nothwendigen Lebensunterhalte entbehren kann, sondern dass er auch nicht auf mehr exequirt werde[13]). Unter dem zum Leben Nothwendigen muss man naturgemäss das zum standesgemässen Leben Nöthige verstehen[14]). Zu Grunde gelegt wird der Zustand des Vermögens zur Zeit der Verurtheilung[15]). Jedoch nach dem Inhalte des beneficium kommt es auf den Vermögensstand zur Zeit der Execution an, wenn die Rechtswohlthat der Execution gegenüber in Anspruch genommen wird[16]). Mitgerechnet wird dasjenige, was der Schuldner arglistiger Weise bei Seite geschafft hat[17]).

9) S. u. §. 197. — 10) S. u. §. 182. nr. VII. — 11) L. 82. ad leg. Falcid. XXXV. 2; §. 37. Inst. de act. IV. 6; l. 49. de pactis II. 14; l. 21. de re iudic. XLII. 1; Theoph. ad §. 37. Inst. cit. — 12) S. u. §. 135. — 13) L. 173. pr. de R. I.; l. 19. §. 1. de re iud. XLII. 1; Arndts Pand. §. 225. Anm. 2.; Windscheid, §. 267 f.

14) Die Quellenaussprüche „ne egeat", „ut aliquid sufficiens relinquatur" beweisen durchaus nicht, wie Windscheid §. 268 zu Note 1 behauptet, dass dem Schuldner bloss das überhaupt für Jedermann zum Leben Erforderliche gelassen werden solle.

15) L. 3. §. 6. pro socio XVII. 2; l. 15. pr. soluto matr. XXIV. 3. — 16) Vgl. Windscheid §. 268. Note 3. — 17) L. 18. §. 1. soluto matr. XXIV. 3; l. 63. §. 7. pro socio XVII. 2; l. 68. §. 1. eod.; l. 51. pr. de re iud. XLII. 1.

Jedoch wird hierbei der Schuldner nicht von dem Rest der Schuld liberirt, sondern wenn der Schuldner später wieder zu Vermögen kommt, kann der Gläubiger den Rest nachfordern; auch braucht der Creditor, dem das beneficium competentiae entgegen gestellt wird, nicht auf etwaige sonstige Schulden seines Debitors Rücksicht zu nehmen. Nur der Schenker hat gegenüber dem Beschenkten das beneficium competentiae deducto omni aere alieno. — Absolut, d. h. gegenüber jedem Gläubiger haben das benefic. comp. Soldaten, und die Hauskinder für die während der väterlichen Gewalt contrahirten Schulden. Gegenseitig haben das benefic. comp. die Ehegatten und die socii unter einander; einseitig haben es ausser dem Schenker, der Patron gegenüber dem libertus, die Eltern gegen die Kinder (nicht auch umgekehrt), der Schwiegervater während der Ehe gegen den Schwiegersohn und der Ehemann gegen den die dos Zurückfordernden. Ausserdem auch der Schuldner in Betreff des neu erworbenen Vermögens gegenüber den Gläubigern, welchen er beim Bankerott ohne Weiteres sein Vermögen abtrat, um sie vorläufig bis zum Belaufe der Activa zu befriedigen. Die Rechtswohlthat wird durch Einrede gegen die Forderung des Gläubigers geltend gemacht und kann, wie bemerkt, nicht bloss im Laufe des Prozesses, sondern auch noch in der Executionsinstanz geltend gemacht werden. Sie ist aber höchst persönlicher Natur und geht daher weder auf die Erben über, noch kann sie von den Bürgen oder anderen für den Schuldner haftenden Personen vorgeschützt werden. Hat Jemand aber das benefic. competentiae nicht vorgeschützt und voll gezahlt, so kann er nicht hinterher das Gezahlte desshalb zurückfordern[18]. Auch kann das beneficium nicht gegenüber Klagen aus Delicten und auch nicht von dem debitor angewandt werden, der dolose handelte.

§. 131. Von den Strafen grundlosen Prozessirens[1].

I. Für den Beklagten zieht 1) unbegründete Bestreitung des Klaganspruchs in gewissen Fällen von selbst Verurtheilung auf das Doppelte nach sich *(lis inficiando crescit in duplum)*[2]. So nach justin. Recht auch beim legatum ad pias causas, welches der mit der Entrichtung desselben Belastete abläugnet[3].

2) Bei gewissen Klagen kann der Kläger von dem Beklagten

18) L. 8. 9. de condict. ind. XII. 6.

§. 131. 1) Gai. IV. 171—182; Inst. IV. 16. De poena temere litigantium. — 2) Vgl. die Beispiele im §. 128. nr. II. 2. S. 267. und den vor. §. nr. 6. — 3) L. 46. §. 7. Cod. de episc. et cler. I. 3.

eine *sponsio poenalis* verlangen, woraus er im Falle, dass in der Hauptsache der Beklagte verurtheilt wird, denselben belangen kann. Eine solche Strafsponsion kann bei der *condictio de certa credita pecunia* auf ein Drittel[4]), bei der *actio de constituta pecunia* auf die Hälfte der Klagsumme[5]) stattfinden, und ferner bei den Interdicten[6]).

3) Die Verurtheilung aus gewissen Klagen zog *infamia* nach sich[7]), z. B. aus der actio doli, furti, den contractus famosi.

4) So oft nicht eine jener drei Arten von Fällen vorliegt und die Klage auch nicht an sich eine Strafklage ist, kann der Kläger von dem Gegner das *iusiurandum* verlangen: „non calumniae causa infitias ire[8]).

II. Der Kläger kann 1) in den Fällen, wo er vom Beklagten eine *sponsio poenalis* verlangen kann, von diesem zu einer *restipulatio* angehalten werden, aus welcher ihn der Beklagte, wenn er absolvirt wird, belangen kann.

2) In allen anderen Fällen kann der Beklagte vom Kläger das *iusiurandum calumniae* fordern, oder

3) wenn dieser wissentlich grundlos geklagt hat, gegen denselben das *calumniae iudicium* auf ein Zehntel, bei Interdicten auf ein Viertel des Betrags der Sache anstellen, und bei gewissen Klagen, hauptsächlich bei der Injurienklage[9]) kann der Beklagte den Kläger, wenn dieser unterlegen ist, stets mit dem *contrarium iudicium* auf ein Zehntel oder gar ein Fünftel der in der condemnatio geforderten Summe belangen.

4) Ueber die Strafen der *plus petitio* vgl. den vorigen §. nr. V.

§. 132. Von den Rechtsmitteln im Allgemeinen.

I. Im älteren römischen Prozesse war Urtheil und rechtskräftiges Urtheil identisch; es gab keine Unterordnung mehrerer Instanzen. Eine negative Hülfe gegen den Vollzug eines Urtheils konnte man dadurch erlangen, dass man die intercessio, das *veto* eines gleichberechtigten oder höher berechtigten Magistrates oder eines Volkstribunen gegen den Vollzug des Urtheils erlangte. Dieses Intercessionsrecht, welches in den Provinzen ganz wegfiel, konnte auch in Rom und in den Municipalstädten nur einmal in derselben Sache geübt werden. Erst seit den Kaisern gab es eigentliche Appellationen[1]), indem alle Magistrate den Kaisern unterworfen waren und diese vermöge ihrer tribunicia et proconsularis potestas nicht nur intercediren, sondern auch das Urtheil reformiren konnten[2]).

4) S. §. 197. — 5) S. §. 182. nr. V. — 6) S. §. 114. nr. II. 16. — 7) S. §. 52. nr. II. — 8) Gai. IV. 172. — 9) S. §. 212.

§. 132. 1) S. §. 133. — 2) S. §. 105.

II. Schon während der Republik gewährte der Prätor zur Abhülfe gegen unbillige Urtheile im Falle einer iusta causa eine *in integrum restitutio* [3]).

III. Im alten Rechte gab es eine Art *Nichtigkeitsklage* in der Art, dass eine Partei es auf die actio iudicati des anderen Theiles ankommen liess, oder indem sie dieser Verhandlung durch directe Anfechtung des Scheinurtheils, durch *in duplum revocatio*, d. h. durch eine Aufforderung an den Gegner die actio rei iudicatae zu versuchen, zuvorkam. Gegen eine confessio in iure und gegen ein Contumacialerkenntniss konnte dieses Rechtsmittel nicht angewandt werden [4]). Im Codex Theodosianus und in Justinian's Rechtssammlungen wird diese Nichtigkeitsquerel nicht mehr erwähnt. An dieselbe knüpfte aber das canon. Recht und die Praxis die *Nichtigkeitsbeschwerde* des heutigen gemeinen Rechts [5]).

IV. Ausserdem kam als Rechtsmittel seit der Mitte des 4. Jahrhunderts nach Chr. noch vor die *supplicatio* oder *retractatio* gegen die Urtheile des praefectus praetorio. Gegen diese war keine Appellation zulässig; es konnte aber beim Kaiser die Bitte vorgebracht werden, noch einmal durch denselben praefectus unter Zuziehung des quaestor sacri palatii, oder durch den inzwischen eingetretenen Nachfolger des praefectus praetorio die Sache untersuchen zu lassen [6]). Justinian hob aber diese retractatio für den Fall, dass der praef. praet. in dritter Instanz die sententia gesprochen hatte, völlig auf [7]). Suspensiveffekt hatte die retractatio nicht; jedoch erlaubte Justinian, durch einen binnen zehn Tagen eingereichten Interpositionslibell zu bewirken, dass die Execution nur gegen Bürgschaft für den Fall einer künftigen Abänderung des Urtheils stattfinden dürfe [8]). Das heutige Rechtsmittel der Revision ist durch die Praxis jener römischen supplicatio nachgebildet.

V. Wenn der rechtsprechende Magistrat selbst doloser Weise neue unbillige Rechtssätze aufgestellt und gegen Andere angewandt hatte, so musste er dieselben Sätze zur Strafe auch als Privater in eigener Sache gegen sich gelten lassen [9]). Dieselbe Art von Wiedervergeltung konnte auch gegen den Impetranten und dessen Erben und Bürgen, auch bezüglich erst später entstandener Klagen

3) S. u. §. 134. — 4) Paul. Rec. Sent. V. 5. a. §. 6—8; l. 1. Cod. Greg. quib. res iud. non noc. X. 1. — 5) Vgl. Wetzell, Civilpr. §. 60. S. 726 f. der 2. Aufl. — 6) L. 1. §. 1. Dig. de offic. praef. praet. I. 11.; l. 5. Cod. de prec. imp. off. I. 19; l. un. Cod. de sentent. praef. praet. VII. 42. — 7) L. un. Cod. ne liceat in una. VII. 70. — 8) Nov. 119. c. 5. — 9) Dig. II. 2. Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur; l. 13. de extraord. cognit. et si iudex litem suam fecisse videretur.

und zwar von jedem Dritten geübt werden. Diese Retorsion beschränkte sich aber auf Versagung der actio, das Gezahlte konnte nicht zurückgefordert werden.

VI. Bestechlichkeit des iudex oder arbiter war durch die XII Tafeln mit Capitalstrafe bedroht; später gewährten die leges repetundarum desshalb die Erpressungsklage, und in der Kaiserzeit trat an die Stelle der gesetzlichen eine arbiträre Strafe [10]. Wegen doloser Gesetzesverletzung trat auch die Strafe der Fälschung ein [11]. Ausserdem trat die civilrechtliche Folge ein, dass der bestochene und ungerechte Richter den Prozess auf sich selbst zog (litem suam fecit) [12], also dem Kläger das leisten musste, worauf er den Beklagten hätte condemniren sollen [13]. Jedoch substituirte man später auch in dieser Beziehung statt der gesetzlichen eine arbiträre Busse (extraordinaria poena) [14]. Mangel an Rechtskenntniss und an Erfahrung (imperitia) wurde sogar nur als Quasidelict angesehen [15]. Uebrigens wandte man die gesetzliche und arbiträre Strafe der Fälschung, wie das litem suam facere [16] auch auf Sachverrätherei (praevaricatio) der Advocaten und Procuratoren an [17].

§. 133. Die Appellation insbesondere [1].

I. Justinian verbot jede Appellation vor dem Enderkenntniss, so dass also keine Appellation gegen Interlocute mehr zulässig war [2]. Eine *summa appellabilis* gab es anfangs nur bei Appellationen an den Kaiser [3], aber auch bei diesen später nicht mehr [4]. Der J. R. A. v. 1654 §. 112 ff. setzte für die Berufungen an das Reichskammergericht statt der ursprünglich dafür verlangten 50 Reichsgulden

10) L. 7. de lege Iulia repetund. XLVIII. 11; Paul. V. 25. 2. V. 28; l. 38. §. 10. de poenis XLVIII. 19; Nov. 124. c. 2; Ed. Theodorici c. I. 2. — 11) Paul. V. 25. 4; l. 1. §. 3. de leg. Cornel. de fals. XLVIII. 10; l. 40. de iud. V. 1. — 12) Dig. L. 13. — 13) Gai. IV. 52; l. 15. §. 1; l. 40. §. 1. de iudic. V. 1.; Paul. V. 16. 12; l. 13. §. 6. Cod. de iud. III. 1. — 14) L. 6. de extr. cogn. L. 13. — 15) L. 5. §. 4. de O. et A. XLIV. 7; pr. Inst. de obl. quae quasi ex delicto IV. 5. — 16) S. u. §. 215. nr. II. 2.

17) Cic. de Or. II. 75. 305; Paul. V. 25. 8. 9; l. 38. §. 8. de poenis. XLVIII. 19; l. 1. §. 6. de lege Corn. de falsis. XLVIII. 10; l. 8. de extr. crim. XLVII. 11. cf. l. 6. de praevaric. XLVII. 15; Rudorff, Röm. Rg. II. §. 88.

§. 133. 1) Paul. V. 32—37; Dig. XLIX. 1. (2—7., 9—13.); Cod. VII. 62. (63. 65—70.); Cod. Theod. XI. 30 (31—38.); Nov. 23. 49. 82. 126. — 2) L. 36. [rest.] Cod. de appell. VII. 62 cf.; l. 18. Cod. Theod. quo appell. XI. 36; l. 39. pr. de minor. IV. 4; l. 2. de appell. recip. XLIX. 5.; l. 20. de quaest. XLVIII. 18. — 3) L. 10. §. 1. de appell. XLIX. 1. — 4) Ebenso nicht im canonischen Recht c. 11. X. de appell. II. 28.; l. 20. 27. Cod. de appell. VII. 62. Eine Ausnahme davon enthält Nov. 23. c. 3.

400 Reichsthaler als sogen. summa appellabilis fest (ausser bei unschätzbaren Streitobjecten), d. h. aber der Werth der Beschwerde (nicht etwa des Streitobjects) sollte 400 betragen.

II. Die Einlegung (interpositio) der Appellation geschah entweder sogleich mündlich zu Protocoll, oder sonst durch libelli appellatorii, welche in eigener Sache noch am zweiten, in fremder spätetens am dritten Tage (intra biduum vel triduum utile)[5], nach neuestem Rechte überhaupt binnen zehn Tagen (decendium continuum) überreicht werden mussten[6]) und zwar bei dem Unterrichter. Die Execution wurde sofort gehemmt (suspendirt). Binnen fünf weiteren Tagen musste der Appellant um die *apostoli* (abgel. von ἀποστέλλω), d. h. um eine schriftliche Bescheinigung über die rechtzeitige Interposition der Berufung bitten. Der Unterrichter erklärt sich in seinem dessfallsigen Erlasse entweder mit der Appellation einverstanden (apost. dimissorii), oder er erklärt sie für unzulässig (apost. refutatorii); aber auch im letzten Falle tritt dennoch Suspensiveffect und Fortsetzung des Appellationsverfahrens ein[7]). Binnen weiteren fünf Tagen musste der Appellant in poena appellationis cavere, d. h. beim Unterrichter für den Fall des Unterliegens die Einbusse einer bestimmten Summe, gewöhnlich des Dritttheils des Streitgegenstandes spondiren[8]). Seit Diocletian und Maximinian fielen diese Sponsionen weg, und der Richter sollte unaufgefordert binnen 30 Tagen apostoli und Abschrift der Acten an den Appellanten aushändigen[9]). Darauf musste dieser binnen einer Frist, deren Länge oftmals gewechselt hat[10]), die apostoli bei dem Oberrichter überreichen und damit die Appellation bei dem Oberrichter einführen (introductio appellationis).

III. Hierauf folgte die Justification der Appellation (causas appellationis reddere), und hierbei durften auch früher noch nicht vorgebrachte Thatsachen und Beweise gebraucht werden (beneficium novorum[11]). Der Appellat konnte, brauchte aber nicht ebenfalls zu erscheinen und Entgegnungen zu machen[12]); ja seit Justinian konnte sogar das Urtheil zu Gunsten des Abwesenden reformirt werden (reformatio in peius)[13]).

5) L. 5. §. 4.; l. 20. pr. §. 1. de appell. XLIX. 1; l. 6. §. 5. Cod. eod.; l. 1. §. 5—15.; l. 2. quando appell. XLIX. 4. — 6) Nov. 23. praef. c. 1. — 7) L. un. nihil innovari app. interpos. XLIX. 7; l. un. pr. §. 1. de lib. dim. XLIX. 6; Paul. V. 35; l. 9. de iure fisci. XLIX. 14. — 8) Paul. Rec. Sent. V. 33. §. 1.—8; l. 6. §. 6. Cod. de appell. VII. 62. — 9) L. 6. §. 6.; l. 24. 31. Cod. de appell. VII. 62. — 10) Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfass. und Proz. des sinkenden röm. Reichs. S. 357. — 11) Vgl. l. 6. §. 1.; l. 36. Cod. de appell. VII. 62; l. 2. Cod. sent. resc. non poss. VII. 50. — 12) L. 41. fam. herc. X. 2; l. 3. de his quae in testam. del. XXVIII. 4; l. 39. pr. Cod. de appell. VII. 62; l. 81. ad S. C. Trebell. XXXVI. 1; l. 5. §. 4. Cod. de temp. appell. VII. 63; Nov. 126. c. 2. — 13) L. 39. Cod. de appell. VII. 62.

IV. Das Urtheil des Appellationsrichters lautet immer dahin, die appellatio sei iusta oder iniusta. Eine reformatorische Sentenz hebt das frühere Erkenntniss in allen seinen Folgen auf[14]; eine confirmatorische Sentenz wird jedoch nicht auf den Zeitpunkt des ersten Urtheils zurückgezogen[15], aber ein etwaiger Verzug wird durch Verurtheilung in Zinsen und dergleichen unschädlich gemacht[16].

V. Seit Constantin wurde bei Appellationen an den Kaiser in anderer Form verhandelt, nämlich nachdem die Appellation bei dem Untergerichte eingelegt war, musste dieses einen vollständigen Bericht aufsetzen *(relatio* sive *consultatio)*. Die Parteien erhielten denselben mitgetheilt, um ihre Gegenbemerkungen hinzuzufügen, und auf Grund dieser Acten, welche das Gericht an die kaiserliche Kanzlei einsandte, erfolgte die Entscheidung im kaiserlichen Consistorium in Form eines kaiserlichen Rescriptes[17].

§. 134. Die in integrum restitutio[1].

I. *Restitutio in integrum* heisst bei den Römern jede Wiederherstellung eines früheren Zustandes. Die *in integrum restitutio* hat eine engere technische Bedeutung. Sie ist eine vom Prätor in subsidium gegen eine laesio enormis (minima non curat praetor), die durch das strictum ius civile herbeigeführt ist, im Falle einer iusta causa Billigkeits halber gegebene Abhülfe.

II. 1. Die in integrum restitutio der minores, deren Keim in der lex Plaetoria im 6. Jahrhundert d. St. liegt[2] und welche Constantin näher entwickelte, ist die umfassendste. Die minores erhalten nämlich gegen jede bedeutende Verletzung, falls sie kein anderes Schutzmittel haben, eine in int. rest., ohne Unterschied, ob die laesio enormis durch ein Versäumniss oder durch eine positive Handlung derselben herbeigeführt ist. Selbst wenn die Verletzung durch die Schuld des Verletzten erfolgte, wird dieses dem minor, eben wegen seiner minor aetas, nachgesehen. Jedoch der Eid eines Mündigen kann die Ausschliessung der restitutio wegen Minderjährigkeit begründen[3]. Das beneficium minorum erhielten auch

14) L. 11. de appell. XLIX. 1. — 15) L. 6. §. 1. de his qui not. infam. III. 2. — 16) L. 41. pr. de usur. XXII. 1.; l. 64. de re iud. XLII. 1.; l. 24. pr. de appell. XLIX. 1. — 17) L. 5. Cod. Th. de relat. XI. 29.; l. 8. 16. 29. 32. 34. 47. 54. Cod. de appell. VII. 62.

§. 134. 1) Paul. I. 7.; Dig. IV. 1. de in int. rest. cf. IV. 2—6; Greg. Cod. II. 1—3; Th. Cod. II. 16; Iust. Cod. II. 20—55; Libr. x. I. 41; in VIto I. 21.; Clem. I. 11. — Burchardi, Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831; Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. VII. §§. 315—343.; Spaltenstein, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Berlin 1873.

2) S. u. §. 237. — 3) L. 1. Cod. si adv. vend. II. 28.

die Städte, und nach canon. Recht die Kirchen und milden Stiftungen.

2. Majorenne aber werden gegen *gesta* nur in integrum restituirt, wenn Zwang oder Betrug stattgefunden, oder entschuldbarer Irrthum[4]) bei ihnen vorhanden war, oder beim Schuldner eine capitis diminutio stattgefunden hatte[5]). Im heutigen Rechte ist diese i. i. r. propter capitis dim. ganz unpraktisch, indem jetzt die Obligationen durch eine capitis diminutio minima des Schuldners nicht mehr aufhören klagbar zu sein. Gegen *omissa* wird ein Majorenner wegen jedes entschuldbaren Hindernisses, zunächst wegen Abwesenheit, sodann aber allmählich auch wegen ähnlicher Hinderung (absentia, cum generali clausula: „item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur," sagte der Prätor im Edicte)[6]) in integrum restituirt.

3. Jedoch ist eine in integrum restitutio überhaupt, auch beim *minor*, unzulässig gegen die Folgen eines von dem die Restitution Nachsuchenden begangenen Delictes[7]); ferner wenn der Verletzte sich auf andere Weise helfen kann[8]); oder wenn die Verletzung nicht aus dem Geschäfte, gegen welches Restitution verlangt wird, sondern aus einem casus herrührt; oder wenn der Nachtheil, um dessentwillen Restitution nachgesucht wird, unverhältnissmässig geringer ist, als der Nachtheil, welcher durch die Restitution für den Anderen entstehen würde; oder wenn es nach den Umständen eine turpitudo sein würde, sich gegen das fragliche Geschäft in integrum restituiren zu lassen, z. B. gegen die Loskaufung der Eltern aus dem Schuldgefängniss oder der Gefangenschaft, oder sonst gegen Geschäfte mit den Eltern als solchen. Auch ist die in integrum restitutio unzulässig gegen fiscalische Veräusserungen[9]), gegen die dreissigjährige Verjährung[10]) und nach canon. Rechte auch gegen die Schliessung einer Ehe[11]).

III. Die restitutio kann nur von demjenigen selbst, der die ihn lädirende Handlung oder Unterlassung vorgenommen hat, oder von dessen Universalsuccessoren gefordert werden; jedoch können sich Bürgen darauf berufen, dass ihr Hauptschuldner eine in integrum restitutio erlangt habe; ebenso kann der gesetzlich haftende pater familias, mandans u. dgl. sich auf die vom filius familias oder Mandatar durchgesetzte in int. rest. berufen, aber nicht selbst sie

4) S. o. §. 80. S. 163 ff. — 5) S. o. §. 42. S. 91 ff. — 6) L. 1. §. 1. h. t.; l. 26. §. 1.; l. 33. pr. h. t. — 7) L. 9. §. 2. 5. de minor. IV. 4. — 8) S. o. §. 114. nr. II. 22. S. 235. — 9) L. 3. Cod. si adv. fisc. II. 37; l. 5. Cod. de fide hastae V. 3. — 10) L. 3. Cod. de praescr. trig. ann. VII. 39; cf. l. 5. Cod. in quib. caus. in int. rest. non est. II. 41. — 11) Vgl. Vangerow I. §. 178.

fordern. Und wenn zwischen einem maior und einem minor eine communio besteht und beide lädirt sind, so kann sich doch nur der minor propter minorem aetatem in integrum restituiren lassen, nicht kann auch der maior wegen der Gemeinschaftlichkeit des Rechtsverhältnisses diese Restitution begehren; jedoch kann der Restitutionsgegner, wenn der minor restituirt wird, die Erstreckung der Restitution auf den anderen Theil verlangen, damit das Geschäft nun ganz rückgängig werde. Uebrigens kann wohl ein Specialmandatar und auch ein Cessionar die Restitution in unserem Namen nachsuchen.

IV. Die restitutio kann regelmässig nur gegen den ursprünglichen Gegner und dessen Successoren nachgesucht werden. Nur ausnahmsweise geht sie auch gegen dritte Besitzer, nämlich wenn sonst die ganze Restitution unnütz wäre, weil der ursprüngliche Contrahent insolvent ist, oder wenn der zu Restituirende ein ganz besonderes Interesse daran hat, die Sache selbst zurück zu erhalten, oder wenn der dritte Besitzer die Sache erwarb, obschon er wusste, dass eine in integrum restitutio in Betreff derselben begründet sei. Auch die in integrum rest. propter metum geht eventuell gegen den dritten Besitzer[12]).

V. Die restit. propter cap. dim. war eine perpetua. Im Uebrigen sollte die in integ. rest. ursprünglich binnen eines annus utilis, seit Constantin binnen eines tempus continuum nach einer gewissen Scala, seit Justinian binnen eines quadriennium continuum nachgesucht werden. Nach Justinian's Bestimmungen musste während des quadriennium die in int. rest. auch durchgeführt sein, aber diese letztere Bestimmung ist wie überhaupt die Prozessverjährung nicht recipirt worden. Diese Frist läuft vom Wegfall des Grundes der Restitution an, nämlich von da an, wo der metus, der dolus, der error, die absentia, oder die minor aetas aufhört.

VI. Jede Restitution setzt einen Antrag der verletzten Partei voraus. Auch kann keine gültige Restitution ohne Anhörung des Gegners gewährt werden. Die in integ. rest. wurde bei den Römern vor dem magistratus maior in einer extraordinaria cognitio, heutzutage wird sie vor dem gewöhnlichen Gerichte durchgeführt. Man kann bei dem Verfahren meistens zwei Acte unterscheiden:

1. Das iudicium † rescindens, d. h. die Entscheidung über die Bitte, ein verlorenes Rechtsmittel wieder zu gewähren.

2. Das iudicium † rescissorium, d. h. die Anwendung des wieder erlangten Rechtsmittels. (In den Quellen kommt der Ausdruck iudicium restitutorium, rescissorium, actio restitutoria vor, ist aber

12) S. o. §. 80. I. S. 163. §. 114. II. 11. S. 225. II. 22. S. 235.

nicht auf die Wiedereinsetzung beschränkt.) Gewöhnlich kürzt man das Verfahren dadurch ab, dass man sofort das verlorene Rechtsmittel geltend macht, als hätte man es nicht verloren, und erst wenn der Gegner Einwendungen erhebt, dann replicando seine Gründe für die in integ. rest. vorbringt. Wenn die Läsion nicht im Verlust eines Rechtsmittels besteht, so lassen sich jene beiden Acte nicht unterscheiden, sondern besteht das ganze Verfahren in einer einfachen richterlichen Cognition über das zu restituirende Recht.

VII. Während des schwebenden Restitutionsprozesses muss Alles in statu quo beibehalten werden [13]. Wenn aber die Restitution durchgeführt ist, so muss von beiden Seiten der frühere Zustand, wie er vor der Läsion war, wieder hergestellt werden. Jedoch bei der i. i. restit. propter minorem aetatem und propter dolum braucht der siegreiche minor oder Betrogene nur die jetzt noch vorhandene Bereicherung herauszugeben, nicht alles aus dem lädirenden Geschäfte ursprünglich Erhaltene.

§. 135. Die Execution [1].

I. Die Execution nach dem XII Tafelngesetze gegen den *nexu vinctus, iudicatus, confessus* betrachteten wir in der Lehre der Sclaverei und bei der manus iniectio pro iudicato [2].

II. Der Prätor milderte die Execution im Edicte [3].

1. Die *Personalexecution* durch Zusprechung des Verurtheilten und Fortführen desselben in Privathaft blieb zwar während der ganzen Republik und auch in der Kaiserzeit bis zu den späteren klassischen Juristen [4] bestehen, aber getödtet oder in Sclaverei verkauft konnte der Adjudicirte (seit der *lex Poetelia*) nicht mehr werden, sondern er leistete nur unbeschadet seiner Ingenuität bis zur Abtragung der Schuld sclavenähnliche Dienste [5].

2. Neben dieser Personalexecution führte der *Prätor* aber statt der unordentlichen eigenmächtigen Occupation eine nach und nach vervollkommnete Concursordnung in der *missio in possessionem* [6] und *bonorum venditio* ein [7]. Diese soll nach Analogie der publicatio bonorum [8] zunächst durch den Prätor Rutilius anstatt der in

13) L. unica Cod. in inst. rest. postulata ne quid novi fiat. II. 50.

§. 135. 1) Paul. V. 5. a.; Dig. XLII. 1. de re iudicata et effectu sententiarum rel.; Cod. VII. 53. de executione rei iudicatae. cf. Cod. VII. 52. 54. 55; Rudorff, Röm. Rg. II. §. 89—94.

2) S. o. §. 49. nr. IV. S. 115; §. 119. nr. 4. S. 242. — 3) Gai. III. 77—81; Theoph. ad pr. Inst. de succ. subl. III. 13; Dig. XLII. 1—8; Cod. VII. 72—75. — 4) Pauli Rec. Sent. V. 26. §. 2. — 5) Gai. III. 199. — 6) S. o. §. 102. S. 203. — 7) Vgl. das Ausführliche bei Rudorff, Röm. Rg. II. §. 90. — 8) S. o. §. 51. am Ende.

den XII Tafeln angeordneten Execution am Körper des Schuldners gegen das J. 649 d. St. eingeführt worden sein, und zwar zunächst bei den Gütern eines Lebenden, wenn sich dieser fraudationis causa verborgen hielt oder absens non defendebatur oder dem rechtskräftigen Urtheil innerhalb der bestimmten Zeit nicht nachkam [9]). Durch einen Prätor Servius wurde sie sodann auch auf die Güter eines Verstorbenen, dessen Erbschaft unangetreten blieb, ausgedehnt (missio in hereditatem, cura hereditatis) [10]). Diese prätorische Concursordnung geschah im Einzelnen also: Auf Antrag eines oder mehrerer Kläger ermächtigte der Magistrat, in der Regel ohne schon den Beweis der Forderung oder des Missionsgrundes zu verlangen, also ohne noch eine causae cognitio anzustellen, die Gläubiger, sich neben dem Schuldner in den faktischen Mitbesitz und in die Mitaufsicht des Vermögens desselben zu setzen *(missio rei servandae, custodiendae causa, possessio, pignus praetorium)*. Diese provisorische Ertheilung eines Sicherheitsarrestes wurde zugleich durch einen öffentlichen Aufruf (proscriptio, libellus) zur Kunde etwaiger Defensoren und sämmtlicher Gläubiger gebracht. Erst wenn hierüber unter Lebenden 30, bei Erbschaftsconcursen 15 dies continui verflossen waren, konnte der zweite Act des Concursverfahrens erfolgen, nämlich der Antrag auf Zusammenberufung der Gläubiger, damit diese den ausschliesslichen Besitz des Vermögens mit der Befugniss es zu verkaufen, zugesprochen erhielten, und durch Majoritätsbeschluss aus ihrer Mitte einen Agenten (magister sc. societatis, resp. curator hereditatis) wählten. Dieser hatte nun den Verkauf einzuleiten und namentlich den bevorstehenden Verkauf öffentlich anzuzeigen. Nachdem dann die Gläubiger die Verkaufsbedingungen (lex bonorum vendendorum) und das erfolgte Meistgebot durch 30tägigen oder bei Erbschaftsconcursen 20tägigen Aushang öffentlich bekannt gemacht und dadurch einerseits dem Schuldner noch die defensio (in solidum oder auf die Nachlasssumme, aber stets nur unter einer durch Bürgschaft von ihm zu bestellenden cautio iudicatum solvi), andererseits den Mitgläubigern und Cognaten den Eintritt in die Contractsbedingungen vergeblich angeboten hatten, erfolgte durch Spruch des Prätors der definitive Zuschlag des Vermögens an den Meistbietenden (bonorum emtor) [11]).

9) Cic. pro Quinct. 19.; Gai. IV. 35. — 10) Gai. III. 78.

11) Cic. in Verr. I. 52. 137; Gai. III. 78–81. IV. 35–65. 102; Paul. V. 5. b.; Theoph. ad pr. Inst. de succ. subl. III. 13; Dig. XLII. 5. Cod. VII. 71. De rebus (bonis) auctoritate iudicis possidendis seu vendendis; vgl. Rudorff über die Rutilische Concursordnung und das fraudatorische Interdict in der Zeitschrift f. Rgsch. Bd. 7. (1868) S. 62 ff.; Huschke, ebend. Bd. 9. S. 329 ff. — Ueber die missio in hereditatem vgl. besonders Ubbelohde, Erbrechtliche Competenzfragen. Bd. 1. Marburg 1868.

Der bonorum emtor wurde prätorischrechtlicher Universalsuccessor ähnlich dem bonorum possessor[12]): an den einzelnen Sachen erwarb er bonitarisches Eigenthum; die Forderungen gingen nicht ipso iure auf ihn über, sondern er stellte die betreffenden Klagen entweder in der Form der *actio Serviana* an, wobei fingirt wurde, er sei Erbe des Schuldners, oder in der Form der *actio Rutiliana*, wobei er als Repräsentant des Schuldners die intentio aus dessen Person entlehnte, die condemnatio aber auf seine Person richtete[13]). Auch hatte der bonor. emtor ein *interdictum possessorium*, um sich den Besitz des Erkauften zu verschaffen[14]). Der Käufer haftete den Gläubigern nur bis zum Belaufe der gebotenen Procente[15]). Uebrigens standen die dinglich Berechtigten, namentlich die Pfandgläubiger ganz ausserhalb dieses Concurses, sie nahmen weder an der missio, noch an der venditio Theil.

Der Schuldner, dessen bona verkauft waren, wurde infam[16]) und von den Gläubigern nur so weit frei, als diese von dem bonorum emtor befriedigt wurden, so dass im Falle späteren Erwerbs eine abermalige venditio bonorum vorkommen konnte[17]).

Eine *lex Iulia* (Cäsar's oder wahrscheinlicher August's) milderte das Concursverfahren, indem der ohne sein Verschulden[18]) bankerott gewordene Schuldner durch *cessio bonorum*, d. h. durch sofortige Abtretung des ganzen Vermögens an die Gläubiger zwar nicht die venditio bonorum abwendete, aber von Personalexecution[19]) und Infamie[20]) befreit wurde und das benef. compententiae[21]) erlangte.

Ein senatus consultum führte ein milderes Concursverfahren für Senatoren ein, indem hier ein curator bestellt und durch diesen das Vermögen im Einzelnen verkauft und der Erlös unter die Gläubiger vertheilt werden konnte[22]).

3. Bei den Klagen auf ein *exhibere* oder *restituere* entstand in der Zeit der classischen Juristen eine neue unmittelbar auf das Klagobject gerichtete Execution, indem jetzt das arbitrium de restituendo oder de exhibendo auch manu militari erzwungen werden durfte[23]).

4. Bei den übrigen Klagen, wobei die condemnatio pecuniaria vorkam, entstand in der Kaiserzeit ein directes Executionsmittel in der *pignoris capio*, welche früher nur zur Eintreibung von Straf-

12) S. u. §. 249. — 13) Gai. III. 81. IV. 35. — 14) Gai. IV. 145. III. 80. — 15) Gai. IV. 65. — 16) Tab. Heracl. c. 8.; Gai. II. 154; l. 3. Th. Cod. de inoff. test. II. 19. — 17) Gai. II. 155. — 18) L. 1. Cod. Theod. qui bon. ex lege Iulia ced. poss. IV. 20. — 19) L. 1. Cod. qui bon. ced. poss. VII. 71. — 20) L. 11. Cod. ex quib. inf. II. 12. — 21) L. 4. pr. de cess. bon. XLII. 3; s. o. §. 130. S. 274. — 22) L. 5. 9. de cur. furiosor. XXVII. 10. — 23) Ulp. l. 68. de R. V. VI. 1. Vgl. o. §. 123. nr. I. S. 258.

geldern in öffentlichen Angelegenheiten angewandt war. Es wurden nämlich auf Befehl des Magistrates von Gerichtsdienern (apparitores) Mobilien, eventuell auch Immobilien des Schuldners mit Beschlag belegt *(pignus in causa iudicati captum)*, und diese, wenn der Schuldner nicht binnen zwei Monaten bezahlte, gerichtlich verkauft[24]). Der Gläubiger wurde aus dem Erlöse befriedigt und der Rest dem Schuldner zurückgegeben. Fand sich kein Käufer, so wurden die Pfänder dem Gläubiger selbst gegen eine Taxe zugeschlagen.

Es hing nun von den Anträgen der Gläubiger ab, ob diese pignoris capio, oder ob die alte missio in possessionem, oder ob die Personalexecution stattfinden sollte.

III. Im justinian. Rechte kann wie schon vorher, sowohl die Execution als das Urtheil unmittelbar auf die Sachen selbst gerichtet werden[25]) und geschieht die Execution dadurch, dass die officiales des Richters die Sache wegnehmen[26]). Besteht die Verbindlichkeit in einem facere oder praestare, so wird freilich noch immer auf Geld condemnirt und die Execution geschieht dann durch *pignoris capio*. Eine *missio in bona* kam nur noch bei der Verurtheilung in contumaciam und im Concursverfahren vor, bis Justinian das Concursverfahren[27]) neu ordnete. Die Gläubiger wurden nun zwar auch in bona immittirt, aber die alte venditio bonorum fiel ganz weg[28]). Die Gläubiger mussten nämlich für die Verwaltung einen curator bonorum wählen, und dieser nahm, nachdem der Richter es durch einen Rechtsspruch erlaubt hatte, den Verkauf der einzelnen Vermögenstücke vor und vertheilte den Erlös unter die Gläubiger[29]). Der insolvente Schuldner wurde noch immer infam[30]), und es traf ihn öffentliches Schuldgefängniss[31]); durch cessio bonorum wurde er aber von Beidem frei.

24) L. 31. de re iudic. XLII. 1; l. 50. 74. §. 1. de evict. XXI. 2; l. 2. Cod. de in causa iudic. VIII. 28. — 25) §. 32. Inst. de actionib. IV. 6. „certae pecuniae vel *rei*". — 26) L. 68. de R. V. VI. 1. — 27) L. 10. Cod. de bonis auctoritate iudicis possidendis VII. 72. — 28) Cf. pr. Inst. de success. subl. III. 13. — 29) S. u. §. 186. — 30) L. 11. Cod. ex quib. caus. inf. II. 12; l. 8. pr. Cod. qui bon. ced. VII. 71. — 31) L. 1. 8. Cod. eod.

Kapitel IX.

Der Besitz[1]).

§. 136. Begriff und Arten des Besitzes.

I. Der Besitz ist die physische Herrschaft, die thatsächliche Gewalt über eine körperliche Sache. Er gewährt die factische Möglichkeit, alle denkbaren Herrschaftsbefugnisse an der Sache auszuüben, wie das Eigenthum die rechte Möglichkeit dazu gewährt.

Der Besitz ist aber nicht, wie Ihering (in der in Note 1 citirten Schrift) meint, die „Thatsächlichkeit des Eigenthums," sondern der Ausfluss des Willens einer Person. (S. u. nr. III.)

Der Besitz ist eine Thatsache, welche einerseits die Folge eines Rechtes *(ius possidendi, iusta possessio)*, andererseits aber schon an und für sich die Quelle (causa efficiens) von Rechten sein kann *(ius possessionis)*, indem, wenn der Besitz thatsächlich vorhanden ist, der darin sich ausdrückende Wille einer Person geschützt wird, bis ein entgegenstehendes Recht bewiesen ist.

Der Besitzschutz ist nicht Ausfluss des Eigenthumsschutzes, sondern Folge des Schutzes der Persönlichkeit des Besitzenden. Vgl. Paul. l. 2. Dig. Uti possidetis XLIII. 17.: „iusta an iniusta possessio adversus ceteros sit, nihil refert; *qualiscunque enim possessor hoc ipso quod possessor est*, plus iuris habet, quam ille, qui non possidet. (S. auch unten nr. III.)

II. Eigentliche rechtliche Wirkungen hat nur der juristische Besitz, d. h. die Innehabung, verbunden mit dem Aneignungswillen, (animus rem sibi habendi, animus domini, ψυχὴ δεσπόζοντος).

§. 136. 1) Dig. XLI. 2. de acquirenda vel omittenda possessione; Cod. VII. 32. de acquirenda et retinenda possessione; v. Savigny, Das Recht des Besitzes. 6. Aufl. Giessen 1837. 7. Aufl. von Rudorff. Wien 1865.; Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen 1848.; Büchel, Ueber die Natur des Besitzes. Marburg und Leipzig 1868. Vgl. dazu: Goudsmit, Büchel's Schrift über die Natur des Besitzes besprochen. Uebersetzt von Sutro. Utrecht 1868.; Ihering, Ueber den Grund des Besitzschutzes. Eine Revision [?!] der Lehre vom Besitz. 2. Aufl. Jena 1869. Gegen Ihering vgl. Bruns in Holtzendorff's Encycl. der Rechtswiss. 2. Aufl. S. 356 f. und ausführlich: Bruns, Die Besitzklagen des röm. und heut. Rechts. Weimar 1874. (recens. von Arndts in Grünhut's Zeitschr. für das Privat- und öffentliche Recht. Bd. 1. 1874. S. 769—777.)

Keinen Rechtsschutz hat man dagegen auf Grund der blossen Innehabung der Sache im Namen eines Anderen (detentio, detentatio, naturalis possessio, im Gegensatze zur possessio schlechthin).

III. Die Wirkungen des juristischen Besitzes sind:

1. Die possessorischen Interdicte im engeren Sinne, d. h. die *interdicta retinendae possessionis: Uti possidetis* und *Utrubi* zum schleunigen Schutze des Besitzes[2]). Durch diese Interdicte werden auch die Rollen des Klägers und des Beklagten für einen Eigenthumsstreit regulirt[3]). Für eine solche Regulirung bestand aber, so lange Eigenthumsfragen im Sacramentsprozesse[4]) entschieden wurden, kein Bedürfniss. Es haben sich daher die possessorischen Interdicte und damit das ganze ius possessionis gewiss erst nach Abschaffung des Legisactionenprozesses, also erst nach Einführung des Verfahrens per formulas[5]), am Ende des 6. oder zu Anfang des 7. Jahrhunderts d. St. entwickelt. Auch setzt ein besonderer Schutz des Besitzes neben dem des Eigenthums schon eine höhere Stufe der Rechtsentwickelung voraus, weil ein unentwickeltes Volk Besitz und Eigenthum noch zusammenwirft. Dieses ist ein weiterer Grund, aus welchem es sich erklärt, dass die Besitzklagen nicht schon im alten römischen Civilrecht begründet, sondern erst durch die Prätoren eingeführt sind.

Mit Unrecht will Ihering (in der oben Note 1 citirten Schrift) den Grund des Besitzschutzes nur in dem Eigenthum suchen, d. h. darin, dem Eigenthümer einen leichteren Beweis, als bei der Eigenthumsklage dadurch zu verschaffen, dass man den Besitzer bis zum Beweise des Gegentheils als Eigenthümer gelten lasse, wobei es nur unvermeidliche Consequenz sei, dass auch Nichteigenthümer sich diese Beweiserleichterung hätten zu Nutzen machen können. Nach der Auffassung der Römer (s. o. nr. I. gegen E.) liegt der eigentliche Grund des Besitzschutzes nicht im Eigenthum, sondern in dem Besitze selber. Der Besitzer hat rein als solcher und daher sogar der unredliche Besitzer gegenüber Dritten mehr Recht als der Nichtbesitzer; der bereits verwirklichte Herrschaftswille hat, weil er schon verwirklicht ist, den Vorzug vor dem erst nach Verwirklichung strebenden, weil die Verwirklichung des letzteren nur durch Verdrängung des bereits verwirklichten, vollzogenen Willens, also nur durch Verletzung dieses Willens und damit dieses Willenssubjectes, dieser Person und ihrer Freiheit geschehen könnte. Auch die ältesten Formen der Interdicte als Befehle des Prätors der Störung des Besitzers

2) Vgl. das Nähere darüber u. §. 150. nr. VII. Keine Wirkungen des juristischen Besitzes sind die *interdicta adipiscendae* und *recuperandae possessionis*. Die ersteren sind Folgen eines Rechtes auf den Besitz und gehen erst auf Erlangung des Besitzes; die letzteren sind Folgen eines Delictes und gehen auf Wiedererlangung eines nicht mehr vorhandenen Besitzes.

3) Gai. IV. 148; Ulp. l. 1. §. 2. 3. Uti possid. XLIII. 17. — 4) S. o. §. 119. — 5) S. o. §. 120.

zu unterlassen[6]), beweisen, dass der Grund des Besitzschutzes in dem Besitze selbst, also auf dem Schutze des darin zum Vollzuge gelangten Willens der Person des Besitzers beruhe. Wenn Jhering's Ansicht richtig, der Besitzesschutz nur eine Erleichterung des Eigenthumsbeweises wäre, also der Besitzer als möglicher Eigenthümer geschützt würde, so müsste es dem Besitzer auch gestattet sein, im Besitzesstreite sein Eigenthum zu beweisen und dadurch oder durch den Beweis, dass der Andere nicht der Eigenthümer sei, sich den Sieg zu verschaffen. Dieser Annahme steht aber der auch von Jhering anerkannte Satz entgegen, dass im Possessorium jedes Petitorium ausgeschlossen ist. Gegen Jhering spricht ferner auch der Charakter der actio Publiciana. Diese kann derjenige anstellen, welcher sein Eigenthumsrecht nicht beweisen kann, wohl aber die Sache mit bona fides und iustus titulus besitzt, also einen redlichen, gerechtfertigten Besitz hat. Er dringt durch, ohne dass der Beklagte von ihm den Eigenthumsbeweis verlangen kann. Aber selbst in diesem Falle hat der Beklagte das Recht, sein Eigenthum zu beweisen[8]).

2. Im späteren römischen Rechte hat man den Besitz auch noch von einem anderen Gesichtspunkte aus geschützt. Der Besitz ist nämlich auch ein Gut, und wenn aus einem Vermögen in ein fremdes Vermögen etwas ohne rechtfertigenden Grund (sine causa) gekommen ist, so besteht eine Obligation zu Gunsten desjenigen, der den Verlust erlitten hat, gegen denjenigen, der das Betreffende bekommen hat, also auf Ausgleichung unter Beiden. Dieser Satz ist im späteren römischen Rechte auch auf den Besitz angewandt. Die Form zur Geltendmachung derartiger Ansprüche ist die condictio, und so gibt es im späteren römischen Rechte neben dem Interdictenschutze des Besitzes auch einen Condictionenschutz desselben. Dieser Schutz des Besitzes durch Condictionen ist übrigens in den Quellen nur leise angedeutet, nicht ausdrücklich ausgesprochen[9]).

3. Der Besitz vermittelt den Eigenthumserwerb bei der usucapio[10]), bei der traditio[11]) und bei der occupatio[12]).

4. Der bonae fidei possessor erwirbt die Früchte der Sache durch blosse Separation[13]).

5. Der bonae fidei possessor erhielt (wahrscheinlich im J. 685 d. St.) die actio Publiciana in rem gegen jeden dritten schlechter berechtigten Besitzer[14]). Auch dehnte man weiter andere Klagen,

6) Im späteren Rechte blieben noch die alten eigenthümlichen Namen nach den Anfangsworten der alten Befehle, z. B. Uti possidetis, ita quominus possideatis, vim fieri veto. — 7) Vgl. Bruns a. a. O. — 8) Diese beiden letzten Argumente gegen Jhering entnehme ich den Bemerkungen Windscheid's in seinen Pandektenvorträgen, nach der Aufzeichnung eines Studirenden. — 9) Bruns hat denselben zuerst hervorgehoben. — 10) S. u. §. 146. — 11) S. u. §. 144. — 12) S. u. §. 142. — 13) S. u. §. 147. nr. I. — 14) S. u. §. 150. nr. III.

die sonst nur ein Eigenthümer anzustellen befugt war: die actio negatoria, confessoria, communi dividundo u. s. w. ebenfalls auf den bonae fidei possessor aus.

IV. Es gibt einige Fälle, wo Jemand eine blosse detentio unter Anerkennung des Eigenthumswillens einer anderen Person hat und dennoch durch possessorische Interdicte geschützt wird, wie wenn er juristischer Besitzer wäre. Man nennt diese Art von Besitz seit Savigny gewöhnlich den abgeleiteten juristischen Besitz. (Windscheid[15]) nennt ihn den bloss juristischen Besitz.) Einen solchen hat[16]):

1. der Sequester[17]);
2. der Faustpfandgläubiger[18]);
3. der Precarist (precario accipiens)[19]);
4. der Emphyteuta[20]);
5. der Superficiar[21]).

V. *Possessio civilis* ist nach Savigny[22]), dem die meisten Neueren folgen, nur der Besitz, welcher zur Usucapion, d. h. durch Fortdauer während einer bestimmten Zeit zum Eigenthumserwerbe führt, und *possessio naturalis* der Besitz, der diese Wirkung nicht hat, und die possessio naturalis soll nach Savigny entweder eine possessio schlechthin, d. h. eine solche sein, welche Interdicte hervorbringt, oder eine possessio naturalis im engeren und gewöhnlichen Sinne, der auch diese Wirkung abgeht, und civiliter non possidere soll gleichfalls in doppelter Bedeutung bald die Negation des Civilbesitzes, bald die Negation alles Besitzes aus civilrechtlichen Gründen bezeichnen.

Erb[23]) und mit ihm Thibaut[24]) und Sintenis[25]) behaupteten, dass die Römer mit *civilis possessio* stets jeden durch possessorische Interdicte geschützten Besitz, nicht bloss den Usucapionsbesitz bezeichnet, und die *possessio naturalis* oder das civiliter non possidere immer in der Bedeutung genommen hätten, dass damit keine Interdicte verbunden seien.

Vangerow[26]) meinte dagegen, *possessio civilis* sei vorhanden, wenn Jemand die Detention verbunden mit dem animus domini habe, und *naturalis possessor* sei derjenige, welcher zwar detinire,

15) Pand. Bd. 1. §. 148. — 16) Vgl. jedoch auch u. nr. VIII. Anmerk. — 17) S. o. §. 102. nr. IV. — 18) S. u. §. 164. — 19) S. u. §. 150. a. E., §. 199. — 20) S. u. §. 158 f. — 21) S. u. §. 159. — 22) A. a. O. §. 7. 10. — 23) In einem ungedruckten Aufsatze, der Lösung einer Heidelberger akademischen Preisaufgabe. — 24) Im Archiv f. civ. Praxis Bd. 18. S. 317 ff., Bd. 28. S. 167 ff. — 25) Praktisch. Civilr. §. 42. nr. III. Note 23. 24. — 26) Lehrb. der Pand. Bd. 1. §. 199.

aber ohne wirklichen animus domini, oder, wie bei einem nicht des civilen Eigenthums fähigen Subjekte oder Objekte, oder — weil der Besitz und Eigenthumswille aus einem civilrechtlich nichtigen Rechtsgeschäfte abgeleitet werde, — mit einem zwar factisch, jedoch in den Augen des Gesetzes nicht vorhandenen animus domini. In diesen letzten Fällen sei der Besitz auch nur eine reine res facti, quae iure civili infirmari non potest[27]).

Die praktisch unwichtige Controverse über die römische Bedeutung von civilis und naturalis possessio kommt bei der Interpretation einer Anzahl von Quellenstellen[28]) in Betracht. Es scheint, dass der römische Sprachgebrauch selbst schwankte, und dass die Römer unter *possessio civilis* bald den Usucapionsbesitz, bald jeden Interdictenbesitz verstanden, und dass sie demgemäss auch naturalis possessio im Gegensatz zur civilis possessio bald im weiteren, bald im engeren Sinne nahmen.

VI. *Possessio iusta* im weiteren Sinne ist diejenige, der ein ius possidendi zu Grunde liegt, und im Gegensatze dazu *possessio iniusta*, der Besitz, wobei das ius possidendi fehlt. Im engeren mehr technischen Sinne ist *possessio iusta* diejenige, welche dem Gegner gegenüber *nec vi* (d. h. nicht mit Gewalt), *nec clam* (d. h. nicht heimlich), *nec precario* (d. h. nicht bittweise auf jederzeitigen Widerruf) erworben ist, im Gegensatze zur *possessio iniusta*, *vitiosa*, die unter einem jener drei *vitia possessionis* erworben ist. (Windscheid[29]) nennt die possessio iniusta wirklichen aber nicht juristischen Besitz).

VII. Ein gleichzeitiger juristischer Besitz Mehrerer an derselben Sache *(† compossessio plurium in solidum)* ist nicht möglich[30]), weil die volle Herrschaft des einen über die Sache die des anderen ausschliessen würde; nur eine † compossessio plurium *pro indiviso*, d. h. nach ideellen Theilen, so dass die mehreren gemeinschaftlichen Besitzer nach einem gewissen Maasstabe in der Benutzung der Sache abwechseln oder die Früchte unter sich vertheilen, ist möglich. Jedoch ist es auch möglich, dass an derselben Sache der Eine den juristischen Besitz hat, und ein Anderer den abgeleiteten juristischen Besitz oder Interdictenbesitz, und vielleicht wiederum ein Anderer als dessen Stellvertreter die blosse detentio ausübt.

27) L. 1. §. 4. de poss. XLI. 2. — 28) Theophil. III. 29. §. 2. IV. 15. §. 5; l. 3. §. 15. ad exhib. X. 4; l. 7. §. 1. eod.; l. 2. §. 1. pro herede XLI. 5; cf. l. 33. §. 1. de usurp. XLI. 3; l. 1. §. 9. 10. de vi XLIII. 16; l. 26. pr. de don. i. v. et ux. XXIV. 1. — 29) Pand. Bd. 1. §. 148. — 30) Paul. l. 3. §. 5. de possess. XLI. 2.

VIII. *Vera possessio, corporis possessio* ist der eigentliche Besitz, welcher nur an den einzelnen körperlichen Sachen vorkommt. (An einer universitas rerum distantium gibt es keinen Besitz der Gesammtheit als solchen, sondern nur einen gesonderten Besitz an den einzelnen Sachen.) Eine *iuris* oder *iuris quasi possessio* nahmen die Römer (zwar noch nicht zur Zeit des Antoninus Pius)[31]), vollständig aber die grossen Juristen Papinian, Ulpian, Paulus[32]) bei den Servituten an, bei welchen eine ständige Ausübung vorkommt[33]), weil die Ausübung solcher Servituten nach Umständen eines ähnlichen Schutzes, wie der Besitz einer körperlichen Sache theilhaftig wird und auch sonst (namentlich hinsichtlich der Erwerbung derselben) ähnliche Wirkungen erzeugt. Auf Rusticanservituten wird die iuris quasi possessio nicht bezogen[34]). Bei ihnen gingen die Interdicte aus dem öffentlichen Rechte hervor, nicht aus dem Besitze.

Iavolenus l. 20. de servitut. VIII. 1.: „Quotiens viae aut aliquid ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quominus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset; ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt[35]).“

Nach dem Vorgange von Savigny nehmen Einige (z. B. Wächter, Arndts, Windscheid) auch bei der Superficies eine iuris quasi possessio wie bei Servituten an, Arndts und Windscheid ebenso auch bei der Emphyteusis.

Im ältesten Rom gab es auch einen Besitz und eine Ersitzung des Erbrechts, die aber schon früh auf einen Besitz und Ersitzung der einzelnen Erbschaftssachen eingeschränkt wurde[36]). Und äqual dieser hereditatis possessio entwickelte sich eine bonorum possessio im prätor. Rechte, die aber im neueren römischen Rechte ein wirkliches Erbrecht, nicht bloss einen Erbschaftsbesitz gewährt.

Nach canon. und german. Recht nimmt man jetzt auch eine iuris quasi possessio bei einer Reihe von dauernden Rechten an, die dem röm. Rechte noch ganz fremd waren, z. B. beim Kirchenpatronate, Zehntrecht, bei Regalien, erblichen Colonatsrechten. Es ist dieses eine der Nachwirkungen des deutschrechtlichen Instituts der Gewere, welches der römischen *possessio* theils analog, theils aber auch davon verschieden war. Gewere bezeichnete ein Herrschaftsverhältniss an einem Grundstücke einschliesslich der innerhalb (der Were d. h. Zäune oder Gräben) des Grundstückes befindlichen Mobilien. Die Gewere als blosse Innehabung des Grundstückes hiess auch hebbende Gewere. Derjenige, welcher in Folge einer Uebertragung vor Gericht (Auf-

31) Vgl. Gai. II. 19. 28; l. 20. de serv. VIII. 1; l. 3. §. 2. de act. emt. vend. XIX. 1. — 32) Vgl. l. 25. §. 7. de usufr. VII. 1; l. 1. pr. quib. mod. VII. 4; l. 11. §. 1. de Publ. act. VI. 2. — 33) L. 20. de servit. VIII. 1. — 34) L. 14. pr. eod. — 35) Vgl. u. §. 155. nr. IV. — 36) Vgl. u. §. 146.

lassung) oder in Folge von Vererbung öffentlich als Herrscher des Grundstückes galt, hatte daran die juristische Gewere. Waren hebbende und juristische Gewere Jahr und Tag (d. h. 1 Jahr 6 Wochen und 3 Tage) in der nämlichen Hand vereinigt, so entstand daraus die rechte Gewere, die regelmässig unanfechtbar war.

Die hebbende Gewere war der röm. possessio analog, insofern beide die thatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache enthielten. Jedoch kam die Gewere im eigentlichen Sinne nur bei Immobilien vor, allerdings so, dass man die Bezeichnung Gewere auch auf die verschiedenen beschränkten Herrschaftsverhältnisse an einer Liegenschaft ausdehnte. Bei der hebbenden Gewere war es gleichgültig, ob man animo rem sibi habendi oder alieno nomine die physische Herrschaft über das Grundstück hatte. Die hebbende Gewere wurde aber abgesehen vom Falle der Entsetzung nur geschützt, wenn sie bereits Jahr und Tag gedauert hatte. Und eigenthümlich war endlich bei der hebbenden Gewere das Verhältniss zu den Mobilien, die sich intra clausuram, innerhalb des Grundstückes befanden: der Gewerte wurde als Besitzer dieser Mobilien präsumirt und bei gleich starkem Beweise in Bezug auf das Recht an diesen Mobilien ging er vor, und er brauchte Niemandem eine Besitzergreifung an denselben zu gestatten, ja unter Umständen konnte er durch Besitzergreifung derselben Eigenthum erwerben, namentlich wenn die Sachen, wie z. B. Wild und Fische, keinen anderen Eigenthümer hatten, oder dieser unbekannt war.

Die juristische Gewere hat am meisten Analogie mit dem Eigenthum des heutigen Rechtes, insofern als beide Begriffe eine rechtlich anerkannte Herrschaft einer Person über eine Sache bezeichnen. Jedoch kam auch die juristische Gewere bloss an Immobilien vor, und derjenige, welcher die juristische Gewere hatte, war nicht immer Eigenthümer, wie z. B. dann nicht, wenn ein Nichteigenthümer sie aufgelassen hatte. Jedoch kam das Eigenthum an Grund und Boden im älteren deutschen Rechte nur in der Form der juristischen Gewere vor, und die juristische Gewere führte in leichter Weise zum Besitze, indem der Inhaber der juristischen Gewere den blossen Inhaber der hebbenden Gewere mit einer Klage zwingen konnte, dass er ihm die hebbende Gewere zu der juristischen hinzu überlasse, und indem ferner, was noch jetzt praktisch ist, derjenige, der die juristische Gewere aufgelassen erhielt, dem Auflasser, und der Erbe jedem, der sich seit dem Tode des Erblassers in den Besitz des Grundstückes setzte, die hebbende Gewere ohne Weiteres abnehmen und sich im Falle eines Widerstandes desselben durch einfache richterliche Verfügung einweisen lassen konnte, woraus später ein possessorisches Verfahren entstand.

Bei der Reception des röm. Rechts wurde das Institut der Gewere im Ganzen verdrängt und durch die römischen Begriffe von iura in re und possessio ersetzt. Jedoch hat das alte Institut der Gewere einen grossen Einfluss auf die Gestaltung des heutigen Rechts gehabt. Diese Nachwirkungen zeigen sich, wie schon oben bemerkt wurde 1) darin, dass man jetzt bei einer Reihe von Rechten, die einen dauernden Bestand haben und eine wiederkehrende Ausübung zulassen, die aber das röm. Recht nicht kannte, einen Quasibesitz anerkennt; 2) in dem Rechtsschutze durch das remedium spolii[37]), durch

37) S. u. §. 150. nr. IX. 1. am Ende.

welches auch der blosse detentor bei formell unrechtmässiger Entsetzung aus dem Besitze geschützt wird, sowie 3) in dem eigenmächtigen Pfändungsrechte zum Schutze des Grundbesitzes[38]; 4) darin, dass sich particularrechtlich für den Erwerb von dinglichen Rechten an Immobilien und nach canon. Rechte auch für den Erwerb des Besitzes an Beneficien (kirchl. Aemtern und Einkünften) die Nothwendigkeit einer Investitur an Stelle der alten gerichtlichen Auflassung erhalten hat; 5) in dem particularrechtlich noch vorkommenden Ueberhangs- und Ueberfalls-Rechte[39]; 6) darin, dass es eine Reihe von Rechten an fremden Liegenschaften gibt, welche dem römischen Rechte fremd waren, wie Regalien, Reallasten, verschiedene Arten erblicher Colonatsrechte und Lehen.

§. 137. Von dem Erwerbe des Besitzes.

I. Um Besitz erwerben zu können, muss die Möglichkeit der körperlichen Innehabung *(corpus possessionis)*, und des Willens, die Sache für sich besitzen zu wollen *(animus rem sibi habendi)* vorhanden sein. Wegen Mangel eines civilrechtlich anerkannten Willens können daher rechtlich die Sclaven überhaupt nicht, die Peregrinen wenigstens nicht nach Civilrecht Besitz erwerben. Auch der filius familias und die uxor in manu konnten nach classischem Rechte Nichts für sich erwerben und darum auch keinen animus rem sibi habendi haben, welche Beschränkung aber im neueren Rechte wegfiel. Furiosi können wegen mangelnden animus, infantes und furiosi und juristische Personen können sowohl desshalb, weil ihnen der animus fehlt, als auch wegen factischen Hindernisses, nämlich wegen der Unmöglichkeit des corpus possessionis, durch sich selbst keinen Besitz erwerben, sondern nur durch den curator, tutor, Stellvertreter. Nach canon. Rechte können auch die Mitglieder der Orden, welche vom Papste als eigentliche Orden anerkannt sind (monachi), kein Eigenthum, folglich auch keinen Besitz haben und erwerben[1]).

II. Zum Erwerb des Besitzes gehört das Zusammentreffen 1) des *corpus possessionis*, d. h. der physischen Bemächtigung der Sache oder ein solches körperliches Verhältniss zur Sache, dass daraus die thatsächliche Herrschaft über dieselbe, die unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit, nach Belieben auf die Sache einzuwirken, hervorgeht, und 2) des *animus rem sibi habendi*, d. h. der Absicht, des Willens, die Sache als Eigenthümer haben zu wollen.

Paulus l. 3. §. 1. h. t. XLI. 2: „. . . adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore."

38) S. o. §. 103. nr. I. 6. — 39) S. u. §. 140. nr. II. 17.

§. 137. 1) C. 6. x. de statu monachor. III. 35.

Wenn man durch einseitige Occupation oder bei einer Tradition, die Jemand unbestimmt in eine gewisse in seiner Nähe befindliche Menge hinein vorgenommen hat[2]), Besitz erwerben will, so muss man, um das corpus possessionis zu erwerben, manibus vel pedibus apprehendiren. Dagegen, wenn der bisherige juristische Besitzer den Besitz an eine bestimmte andere Person tradirt, so genügt zur Apprehension von Seiten dieser Person schon jedwedes andere Zeichen, aus welchem nach Lage der Umstände hervorgeht, dass der neue Erwerber der Sache sich in dem Bewusstsein der physischen Herrschaft über dieselbe fühlt. In diesem Falle kann daher unter Kundgebung des Willens juristischen Besitz zu übertragen und zu erwerben die traditio und apprehensio auch † *longa manu* geschehen, d. h. durch ein blosses Ueberblicken der in der Nähe befindlichen Sache, z. B. des Grundstückes, wenn kein Hemmniss die Sache zu überblicken vorhanden ist[3]) — oder auch als traditio und apprehensio † *symbolica*, d. h. durch eine in Gegenwart der Sache vor sich gehende Ueberreichung und Empfangnahme eines Symbols, z. B. des Schlüssels des Hauses, Aufdrücken von Siegeln auf Balken (während bei Fässern voll Wein das Siegelaufdrücken nur als Mittel, Verwechselungen und Verfälschungen zu verhüten, nicht als genügende Apprehension angesehen wird.)

Paul. l. 1. §. 21. h. t. XLI. 2: „. . non est enim corpore et actu (tactu) necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu, et argumento esse eas res quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas. Nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint, et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emtori traditae fuerint.“ L. 44. de contrah. emt. XVIII. 1; l. 18. §. 2. h. t. XLI. 2; l. 3. §. 1. l. 51. eod.; l. 79. de solut. XLVI. 3.

III. Es ist möglich, dass entweder das corpus oder der animus, das eine schon vor dem anderen vorhanden ist und das andere erst später hinzukommt. So ist der animus rem sibi habendi allein schon vorhanden, wenn ein auf Uebertragung des juristischen Besitzes der Sache gerichtetes Geschäft abgeschlossen, aber die Sache noch nicht tradirt ist. Ferner die detentio, die körperliche Inne-

2) Z. B. indem Jemand *missilia iactat in vulgus*. Vgl. l. 9. §. 7. de A. R. D. XLI. 1; §. 46. Inst. de rer. divis. II. 1. Hierbei verliert aber der Jactant das Eigenthum im Momente des Wegwerfens noch nicht (wie die Derelictionstheorie behauptet), sondern erst dann, wenn eine der Personen, denen überhaupt die Sache zugedacht war, sie apprehendirt hat (Traditionstheorie). So würde z. B. wenn bei einem iactus missilium an Soldaten eine Civilperson die Sache auffinge, der Jactant gegen diese Civilperson die rei vindicatio haben.

3) Denn in dem Ueberblicken der Sache liegt nicht eine fingirte, sondern eine wirkliche Besitzergreifung.

habung ist schon früher vorhanden, als der animus rem sibi habendi (durch dessen Hinzutreten erst der juristische Besitz erworben wird) bei der sogenannten *traditio* und *apprehensio* † *brevi manu*, d. h. wenn ein naturalis possessor nachher mit dem Eigenthümer der Sache ein auf Uebertragung des juristischen Besitzes gerichtetes Rechtsgeschäft abschliesst und dadurch legitimirt wird und kundgibt, den animus rem sibi habendi zu haben; ferner wenn eine Sache Jemandem zum Eigenthum sub condicione suspensiva übertragen wird, indem der Besitzer dann pendente condicione blosser detentor ist, aber bei Eintritt der Bedingung sofort, ohne dass eine neue trad. und appreh. nöthig wäre, juristischer Besitzer wird.

IV. Das Umgekehrte der brevi manu apprehensio ist das † *constitutum possessorium*, d. h. wenn Jemand juristischer Besitzer einer Sache ist und durch ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten diesem den juristischen Besitz einräumt, aber nun künftig in dessen Namen die Detention fortführt, also seinen bisherigen juristischen Besitz in eine naturalis possessio umwandelt. Es erwirbt hier der Dritte den juristischen Besitz, ohne dass irgend eine Apprehension von ihm selbst vorgenommen wird. Die Apprehension geschieht für ihn durch den bisherigen juristischen Besitzer, der nun in Folge des Rechtsgeschäftes die Sache alieno nomine zu detiniren beginnt. So z. B. wenn der Eigenthümer sein praedium verkauft und es als Miether oder Pächter in Detention behält.

V. Um durch einen Stellvertreter[4]) das corpus possessionis zu erlangen — sei dieser Stellvertreter ein freier Stellvertreter oder mit Rücksicht auf bestimmte Sachen speciell beauftragt, oder procurator omnium bonorum — muss dieser die apprehensio gerade so vornehmen, wie wenn er selbst Besitzer werden wollte. Ausserdem aber muss der Stellvertreter, damit der Besitz für uns erworben werde, den animus haben, für uns erwerben zu wollen. Jedoch wenn der Tradent dem Stellvertreter die bestimmte Person bezeichnete, für welche er den Besitz übergebe, so erwirbt immer diese Person durch die Uebergabe der Sache an den Stellvertreter den Besitz, falls der Stellvertreter beim Empfang der Sache keinen Widerspruch gegen jene Erklärung des Tradenten erhob[5]), sollte auch der Stellvertreter aus Pflichtvergessenheit oder aus Irrthum für sich haben erwerben wollen.

VI. In der Person des Principals wird bei dem Besitzerwerb

4) Vgl. o. §. 84; Paul. R. S. V. 2. §. 1; Hauser, Stellvertretung im Besitz. Leipzig 1870. — 5) Vgl. Arndts Pand. §. 146. Anm. 4; Windscheid Pand. §. 155. Note 7.

durch einen Stellvertreter verlangt, dass der Principal von dem Erwerbe durch den Stellvertreter Kenntniss erlangt hat (ignoranti possessio non acquiritur) und dass der Principal den animus rem sibi habendi hat und kundgibt. Jedoch wenn der Vormund für den Pflegling oder Wahnsinnigen, oder der Vertreter für die juristische Person, oder wenn der Sclave (der aber im Besitze seines Herrn sein muss, um für diesen Besitz zu erwerben)[6], oder wenn der in mancipio Befindliche[7]) für den Herrn oder das Hauskind für den Vater erwirbt, so ist der Besitz für den Mündel, die juristische Person, den Herrn und für den Vater, so weit es sich um einen Erwerb handelt, den das Hauskind nothwendig nur für seinen Gewalthaber machen kann, was im Justinianischen Rechte nur noch der Fall ist, wenn das Hauskind zu dem peculium † profectitium hinzuerwirbt[8]), sogleich erworben, wenn auch der Mündel, die juristische Person, der Herr oder der Vater noch keine Kenntniss von dem Besitzerwerbe erhielt[9]). Dasselbe ist zu sagen, wenn Jemand Auftrag zur Verwaltung eines ganzen Vermögens oder überhaupt zu Erwerbsgeschäften für einen Anderen erhalten hat und in Folge dessen Besitz für seinen Principal erwirbt, indem Letzterer sich durch den ertheilten Auftrag im Voraus das Wollen seines Vertreters als sein Wollen angeeignet hat[10]). Endlich wenn der Principal dem Stellvertreter den Besitzerwerb besonders aufgetragen hat (mandatum), so erlangt der Mandant den juristischen Besitz mit dem Schutze durch die possessor. Interdicte (sogen. Interdictenbesitz) in dem Momente, wo der Beauftragte für ihn den Besitz erwarb, schon bevor er von der Besitzergreifung durch den Mandatar Kenntniss erlangt hat[11]); aber um auch den Usucapionsbesitz zu haben, muss der Mandant erst Kenntniss von dem Besitzerwerbe durch den Mandatar erlangen, weil hierzu bona fides erforderlich und diese nicht ohne Bewusstsein oder Kenntniss möglich ist.

VII. Auch die *iuris quasi possessio* wird, wie die corporis possessio, durch corpus und animus ius sibi habendi erworben[12]).

§. 138. Von dem Verlust des Besitzes.

I. Ein Besitzverlust tritt ein, 1) durch *corpus contrarium*[1]), d. h. dadurch, dass die Möglichkeit der physischen Einwirkung auf

6) L. 1. §. 6. §. 15. de acq. poss. XLI. 2. — 7) S. o. §. 49. nr. V. — 8) Vgl. u. §. 234. nr. I. — 9) L. 25. pr., l. 44. h. t. — 10) Vgl. Windscheid Pand. §. 155. gegen Ende. — 11) Per procuratorem etiam ignoranti acquiritur. §. 5. Inst. per quas pers. II. 9; l. 49. §. 2. h. t. — 12) Vgl. das Nähere unten bei den Servituten §. 155. nr. IV.

§. 138. 1) Paul. l. 153. de R. J.; l. 3. §. 7. 8. 13., l. 8. h. t. XLI. 2.

die Sache aufhört, wie wenn die Sache (physisch oder juristisch, letzteres indem sie extra commercium wird) untergeht oder an einen unzugänglichen Ort geräth (nicht schon wenn die Sache bloss verlegt ist) oder wenn ein Anderer sich in den Besitz setzt. Hat sich aber Jemand in Abwesenheit des Besitzers eigenmächtig in den Besitz einer fremden Immobilie gesetzt, so hat der Dejicirte erst dann den Besitz verloren, wenn er Kenntniss von dem Eindringen des Andern erhält und es ihm nicht gelingt, oder er es nicht versucht, durch Wiederanwendung von gestatteter Gewalt[2]), sich sofort wieder in den Besitz zu setzen. Im Falle des Nichtgelingens ist hier der Besitz corpore contrario, im Falle des Nichtversuches oder des Verlassens des Grundstücks wegen Furcht ist animo contrario der Besitz verloren[3]). Gelingt es dem Dejicirten, sogleich, nachdem er von der Dejection Kenntniss erhält, den Anderen wieder zu vertreiben, so ist es so gut, als wäre er gar nicht dejicirt. Der Besitz geht 2) verloren dadurch, dass der *animus contrarius*, d. h. der Wille, die Sache nicht mehr besitzen zu wollen, kundgegeben wird (Dereliction, Verzicht)[4]). Wenn Jemand aber wahnsinnig wird, hört er auf, überhaupt einen animus zu haben, und desshalb kann er nicht mehr animo den Besitz verlieren.

II. Wenn man durch einen Stellvertreter besitzt, so kann durch ein Ereigniss in der Person des Principals der Besitz nur animo, aber nicht corpore verloren gehen[5]). In der Person des Stellvertreters geht der Besitz nur corpore contrario verloren. Wenn der Stellvertreter stirbt oder wahnsinnig wird, oder treulos den Besitz aufgibt, so geht dadurch allein der Besitz für den Principal noch nicht verloren, (obschon dies bis auf Justinian's Bestätigung[6]) der milderen Meinung einige Juristen für den Fall der treulosen Besitzaufgabe des Stellvertreters behauptet hatten), sondern erst wenn ein Dritter sich in den Besitz setzt. Wenn der Stellvertreter selbst statt des wirklichen Besitzers den juristischen Besitz haben will, so reicht dazu nicht der blosse veränderte animus hin, sondern es muss zu dem entsprechend veränderten animus des Stellvertreters noch ein diesen animus bezeugendes Rechtsgeschäft hinzugekommen sein — oder bei Immobilien muss der Principal Kenntniss von dieser Absicht des Stellvertreters erhalten haben, und zurückgeschlagen sein oder sich dabei beruhigt haben

2) S. o. §. 103. S. 204. — 3) Wegen des metus ist gegen den, der die Gewalt übte, die actio quod metus causa begründet (s. §. 80.), und wenn sich derselbe wirklich in den Besitz des Grundstücks setzte, auch das interdictum de vi (s. §. 150.). — 4) L. 3. §. 6. h. t. XLI. 2. — 5) Paul. l. 3. §. 8. h. t. XLI. 2; Iustinian l. 12. Cod. eod. VII. 32. — 6) L. 12. Cod. cit.

(Dejection); oder bei res mobiles muss eine sogenannte contrectatio furtiva (Diebsgriff), also irgend eine äussere Kundgebung des Willens, die Sache jetzt für sich haben zu wollen, hinzugetreten sein. Den Satz, dass Niemand durch blossen veränderten animus seine blosse Detention einer Sache in einen juristischen Besitz umwandeln könne, drückten die Römer also aus: *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*[7]). Ursprünglich hatte dieser Satz noch eine andere Bedeutung, nämlich dass man nicht willkürlich mala fide eine usucapio pro herede unterschieben, also nicht eine possessio anderer Art für eine possessio pro herede erklären, oder Sachen, die man beim Tode des Erblassers bereits in Händen hatte, ebenfalls pro herede usucapiren könne. Diese Bedeutung jenes Satzes verlor sich mit Aufhören der lucrativa et improba usucapio pro herede, indem seit dem sogenannten S. C. † Iuventianum unter Hadrian auch zur usucapio pro herede wie bei den anderen Usucapionstiteln bona fides (nach röm. Rechte freilich bloss beim Anfange der Ersitzung) nöthig war[8]).

III. Wenn man einzelne Sachen oder Stücke besitzt, und diese zu oder mit einem Ganzen verbindet, so sind, wenn die einzelnen Sachen noch in ihrer Integrität fortbestehen, dieselben weder *corpore* noch *animo* aus dem Besitz verloren, und es dauert daher der alte Besitz an ihnen fort[9]). Dagegen wenn man eine Sache als Ganzes besitzt, so besitzt man die einzelnen Theile nur in ihrer Verbindung zu dem betreffenden Ganzen. Werden daher einzelne Theile abgelöst, so beginnt an diesen ein neues corpus possessionis, also ein ganz neuer Besitz.

IV. Der Verlust der *iuris quasi possessio* erfolgt ebenfalls, wie der der corporis possessio nach den allgemeinen Regeln vel corpore contrario vel animo contrario (letzteres geschieht durch Verzicht).

7) L. 3. §. 19. 20., l. 19. §. 1. de possess. XLI. 2; l. 2. §. 1. 2. pro herede vel pro possess. XLI. 5; l. 5. Cod. h. t. VII. 32. — 8) S. u. §. 146. — 9) L. 30. de usurp. XLI. 3.

Zweites Buch.

Die dinglichen Rechte.

Kapitel I.

Von dem Eigenthum[1]).

§. 139. Begriff und römische Formen des Eigenthums.

I. Das Eigenthum (dominium im Gegensatz zu den Obligationen, proprietas im Gegensatz zu den es beschränkenden dinglichen Rechten) ist die rechtliche Möglichkeit, an einer körperlichen Sache alle denkbaren Herrschaftsbefugnisse auszuüben[2]).

Unrichtig war es, wenn man früher die Befugnisse des Eigenthümers der Art in Nutzungs- und Proprietäts-Rechte unterschied, dass nur die letzteren (ius disponendi de substantia, alienandi, vindicandi) essentialia, dagegen die ersteren (ius possidendi, utendi, fruendi) bloss naturalia dominii sein sollten. Vielmehr sind alle materiellen Rechte des Eigenthümers, auch das Recht, auf die Substanz der Sache einzuwirken — einer Beschränkung, ja einer völligen Hemmung durch entgegenstehende dingliche Rechte Anderer fähig[3]). Aber dass darum das Eigenthum selbst noch vor-

§. 139. 1) Gai. II. 1—96; Ulp. XIX.; Greg. Cod. III. 2—4; Theod. Cod. II. 23—26; Inst. II. 1. de rer. divis. §. 11—47. cf. II. 6—9; Dig. XLI. 1. de acquirendo rerum dominio. cf. XLI. 3—10. VI. 1. 2; Cod. Iust. VII. 25—41. cf. III. 32. — C. Sell, Die römische Lehre des Eigenthums, nebst Einleitung: von den dinglichen Rechten und Sachenrechten überhaupt. 2. Aufl. Bonn 1852, und darüber eine scharfe Kritik von Dernburg, in der Krit. Ztschr. für die gesammte Rechtswiss. (1853) S. 457—478; Pagenstecher, Die röm. Lehre vom Eigenthum. III. Abthl. Heidelberg 1857. 58. 59.

2) Paulus l. 25. pr de V. S.

3) In diesem Sinne nennen die Quellen das Eigenthum nach Abzug des ususfructus: *nuda proprietas* im Gegensatze zur plena proprietas. Vgl. §. 4. Inst. de usufr. II. 4; l. 2. pr. quib. mod. ususfr. VII. 4.

handen bleibt und der Unterschied vom Nichteigenthum zeigt sich darin, dass beim Aufhören der dinglichen Beschränkungen und Hemmnisse von selbst alle Wirkungen des Eigenthums, auch in den Richtungen, worin es beschränkt oder gehemmt war, wieder für den Eigenthümer eintreten (ius † recadentiae).

II. Bei den Römern gab es ursprünglich nur ein Eigenthum nach Civilrecht (mancipium, rem ex iure Quiritium alicuius esse, im späteren Rechte ex iure Quiritium dominum esse genannt)[4]. Dieses † *dominium ex iure Quiritium*, *quiritarium* hatte zur Voraussetzung[5]:

1. dass der Erwerber römischer Bürger war, oder Latinus Coloniarius, oder Latinus Iunianus, oder ein Peregrine, dessen Volke das commercium besonders verliehen war.

2. dass das Object des civilrechtlichen Eigenthums fähig war, (praedia provincialia waren unfähig im Privateigenthum zu stehen; man legte dem populus Romanus das Eigenthum daran bei, ohne praktische Consequenzen davon zu ziehen);

3) dass beim derivativen Erwerbe der das Eigenthum Uebertragende selbst quiritarischer Eigenthümer war, und endlich

4) dass eine zum civilen Erwerbe genügende Erwerbsart vorlag.

III. Seit dem 6. Jahrhundert d. St. entwickelte sich durch Vermittelung des ius honorarium neben dem civilrechtlichen ein Eigenthum nach ius gentium. Der Prätor gewährte aus Billigkeitsgründen einen Schutz durch *exceptiones*, wenn Jemand eine Sache von einem Anderen auf eine iusta causa hin übertragen erhalten hatte, aber von den civilrechtlichen Erfordernissen des Eigenthumserwerbs etwa eines fehlte. Namentlich wenn eine res mancipi verkauft und nicht mancipirt, sondern bloss einfach tradirt war, gewährte der Prätor dem Empfänger gegen die Eigenthumsklage des Verkäufers und Tradenten eine exceptio rei venditae et traditae und eine exceptio doli gegenüber Dritten[6]. Allmählich gewährte der Prätor aber in solchen Fällen[7]) nicht bloss gegen den Tradenten, der civilrechtlicher Eigenthümer geblieben war, sondern auch gegen dritte Personen eine *actio Publiciana*, indem er fingirte, dass der gutgläubige Besitzer der Sache durch usucapio bereits das Eigenthum erlangt habe, und später ertheilte er sogar eine *rei vindicatio*, zwar nicht per sponsionem, sondern per formulam petitoriam und ohne den Zusatz bei der intentio: *ex iure Quiritium*[8]).

Denselben Schutz gewährte dann der Prätor in einer Reihe von Fällen, wo er kraft seines Imperium Jemanden in das Eigenthum

4) Vgl. Boecking, Pand. II. §. 135. — 5) Gai. II. 40. — 6) Gai. II. 129. — 7) Vgl. o. §. 137. nr. III. c. — 8) S. u. §. 150.

von Sachen eingewiesen hatte. So bei der bonorum possessio (Erbrecht nach ius gentium), bei der bonorum emtio[9]), bei dem Gestatten des ducere eines servus ex causa noxali[10]), bei der adiudicatio in einem iudicium imperio continens[11]), bei der immissio ex secundo decreto damni infecti causa, nämlich wenn ein baufälliges Gebäude zusammenzustürzen drohte, so konnte der Nachbar Reparatur oder Caution (damni infecti nomine, d. h.) dafür verlangen, dass ihm der durch den Zusammensturz drohende Schaden ersetzt werde, widrigenfalls der Nachbar auf seinen Antrag vom Praetor eine immissio ex primo decreto, d. h. Detention des baufälligen Gebäudes und Schutz durch das interd. ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est erlangte; leistete dann der Eigenthümer des baufälligen Gebäudes in zwei Monaten noch keine Caution und reparirte er auch nicht, so gewährte der Prätor endlich dem Nachbarn auf Ansuchen eine immissio ex secundo decreto und damit prätorisches Eigenthum an dem baufälligen Gebäude[12]).

Als ein nach prätorischem Rechte geschütztes Eigenthum behandelte man dann auch das Eigenthum der Peregrinen und das Eigenthum an praedia provincialia.

Auf diese Weise hatte sich schon zu Ende der Republik ein duplex dominium bei den Römern entwickelt, und man nannte dieses prätorische Eigenthum das *in bonis*, oder wie Theophil. ad §. ult. Inst. de libert. es nennt: *dominium bonitarium*. Es war nun auf diese Weise möglich geworden, dass an einer des civilen Eigenthums fähigen Sache der Eine dominus ex iure Quiritium, ein Anderer aber bonitarischer Eigenthümer war. Dem dominus ex iure Quiritium verblieb dann die nuda proprietas, welche ihn zwar zur Geltendmachung seines Eigenthums gegen jeden dritten Besitzer, aber nicht gegen den bonitarischen Eigenthümer berechtigte. Auch erlangte derjenige, welcher das nudum ius Quiritium hatte, von selbst wieder das plenum dominium ex iure Quiritario, sobald der bonitarische Eigenthümer aufhörte, bonitarischer Eigenthümer zu sein; und es konnte derjenige, welcher das nudum ius Quiritium hatte, durch blosse Tradition von Seiten des bonitarischen Eigenthümers das plenum dominium ex iure Quiritium erwerben. Der bonitarische Eigenthümer hatte aber doch auch schon als solcher ein wahres vollständiges Eigenthum. Der reelle Nutzen des Eigenthums wurde durch den bonitarischen Eigenthümer absorbirt: er hatte das umfassendste ius utendi fruendi, und gewann an den Früchten das volle quiritische

9) S. o. §. 135. nr. II. S. 283 f. — 10) S. o. §. 43. S. 95 f. — 11) S. o. §. 114. nr. II. 2. S. 221. — 12) Dig. de damno infecto XXXIX. 2. Vgl. o. §. 120. nr. I. S. 244.

Eigenthum, und wenn er selbst und die Sache des civilen Eigenthumes fähig waren, so erlangte er durch Usucapion auch das plenum ius Quiritium. Jedoch wurde beim Census das bonitar. Eigenthum nicht berücksichtigt und durch dasselbe kein Stimmrecht in den comitia centuriata bedingt, und es war der bonitarische Eigenthümer, abgesehen von der formellen Beschränkung bei der vindicatio, darin beschränkt, dass er keine civilen Uebertragungsacte, keine mancipatio oder in iure cessio vornehmen, nicht per vindicationem legiren konnte, dass er durch manumissio den Sclaven bloss zum Latinus Iunianus machte, und dass bei gleichzeitiger oder nachfolgender manumissio von Seiten des Inhabers des nudum ius Quiritium der Sclave zwar die Civität erhielt, aber dem früheren bonitarischen Eigenthümer bloss die reellen Vortheile des Patronates, namentlich die Beerbung zukamen, nicht aber auch die tutela, welche nach der lex Iunia an den quiritarischen Eigenthümer fiel[13]).

IV. Schon vor Justinian waren die meisten Unterschiede in den Voraussetzungen und Wirkungen zwischen dem dominium ex iure Quiritium und in bonis weggefallen, und Justinian beseitigte dieselben vollständig[14]). Es hatte nämlich schon seit Hadrian's Vereinigung der Edicte[15]) die Unterscheidung der zum civilrechtlichen und der zum bonitarischen Eigenthum führenden Erwerbsarten, zwischen der vindicatio *ex iure Quiritium* und der einfachen vindicatio *ohne* jenen Zusatz: ex iure Quiritium, nicht viel mehr zu bedeuten, und um so mehr als dann auch das Formelverfahren unter Constans und Constantius ganz wegfiel[16]). Mit dem Formelverfahren fiel auch die bis dahin der actio Publiciana eigenthümliche Form einer actio ficticia weg. Ausserdem hatte sich schon vor Justinian die Zahl der römischen Bürger und der fundi Italici immer mehr vergrössert, während die der Peregrinen und der fundi provinciales abgenommen hatte. Das nudum ius Quiritium hatte überhaupt nur eine geringe Bedeutung und äusserte sich praktisch nur in Beziehung auf die manumissio. Diese Bedeutung fiel aber auch weg, als Justinian die Latina libertas aufhob und allen freien Leuten im ganzen Reiche die Civität zusprach. Desshalb hob denn Justinian auch das als ganz bedeutungslos dem in bonis gegenüberstehende nudum ius Quiritium ausdrücklich auf. Es bestand nun wieder nur ein Eigenthum, welches aber nach den Grundsätzen des früheren in bonis erworben wurde. In allen Fällen also, wo

13) S. o. §. 46. S. 101. — 14) L. un. Cod. de nudo iure Quirit. tollendo. VII. 25. — 15) S. o. §. 17. nr. IV. S. 29. — 16) S. o. §. 108. S. 212. und §. 123. nr. I. S. 258.

im alten Rom bloss ein possessorisches Recht (kein Eigenthum), im mittleren Rom bonitarisches Eigenthum bestand, bestand nun im neuesten Rechte quiritarisches Eigenthum. Damit war denn auch jeder juristische Unterschied zwischen res mancipi und nec mancipi weggefallen, und desshalb hob Justinian darauf denn auch diesen Unterschied ausdrücklich auf[17]).

§. 140. Die Beschränkungen des Eigenthums.

I. 1. Ein Miteigenthum Mehrerer (communio, societas) ist nur *pro indiviso* möglich, so dass das Eine Eigenthum Mehreren gemeinschaftlich zusteht, nicht als † *condominium plurium in solidum*, so dass an derselben Sache ein mehrfaches Eigenthum stattfände; denn die Herrschaft des Einen über die Sache schliesst die des Anderen aus[1]).

2. Unlogisch ist es daher, von einem *dominium* † *utile* zu reden, welches der Emphyteuta[2]) und Superficiar[3]) an dem praedium neben dem wirklichen Eigenthum *(dominium* † *directum)* des Eigenthümers hätten[4]).

3. Wenn ein Miteigenthum Mehrerer nach gewissen Antheilen, Quoten begründet ist, so haben die mehreren Interessenten eine compossessio nach diesen Antheilen; die Nutzungen müssen diesen Bruchtheilen entsprechend unter sie vertheilt werden; jeder Einzelne kann aber einseitig über seinen Antheil rechtliche Verfügungen treffen (ihn verpfänden, verkaufen, vererben u. s. w.), seinen Antheil selbstständig vindiciren; aber zu einer gültigen Disposition über die ganze Sache oder ein reelles Stück derselben müssen alle † condomini übereinstimmen. Nur wenn die Disposition nothwendig ist, damit die Miteigenthümer nicht gefährdet werden, kann auch Einer derselben allein die Verfügung treffen[5]).

Neben diesen dinglichen Rechtsverhältnissen besteht unter den Miteigenthümern eine besondere obligatio quasi ex contractu[6]).

II. Der Eigenthümer kann in der Ausübung seines Eigenthumsrechtes beschränkt werden, entweder

a) durch Obligationen, die er zu Gunsten dieser oder jener bestimmten Person übernommen hat, und die nur gegen seine Person durch actiones in personam geltend gemacht werden können, oder

b) er kann dinglich beschränkt sein, d. h. durch Rechte, welche dritten Personen in der Weise an der Sache zustehen, dass

17) Vgl. o. §. 68; Vangerow, Pand. Bd. I. §. 295. Anm. 2.

§. 140. 1) S. o. §. 136. nr. VII. — 2) S. o. §. 158 f. — 3) S. o. §. 160 f. — 4) Vgl. o. §. 139. nr. 1; Vangerow I. §. 302. — 5) S. auch o. §. 74. nr. III. 3. — 6) Vgl. u. §. 150. nr. VI; §. 207. nr. 4.

sie dieselben gegenüber jedem Inhaber der Sache, nicht bloss gegen die einzelne Person eines obligatorisch Verpflichteten und dessen Universalsuccessoren, mit actiones in rem geltend machen können. Solche dingliche Rechte sind im römischen Rechte:

1. die Servituten[7]),
2. die Emphyteusis[8]),
3. die Superficies[9]),
4. das Pfandrecht[10]).

Alle diese dinglichen Rechte beschränken den Eigenthümer dahin, dass er entweder etwas nicht thun (non facere) oder dulden (pati) muss; niemals aber verpflichten sie ihn zu einem facere. Zu einem positiven Handeln, zu einem facere, kann Jemand nur durch eine Obligation verpflichtet werden. Zur Begründung einer Obligation und eines dinglichen Rechtes bedarf es aber eines besonderen Erwerbstitels.

c) Es gibt jedoch gewisse Beschränkungen, die jeder Eigenthümer kraft gesetzlicher Vorschrift im öffentlichen und nachbarlichen Interesse sich gefallen lassen muss und die man etwas leicht verwirrend Legalservituten genannt hat. Auch diese bestehen fast sämmtlich in einem non facere oder pati. Viele derselben kommen schon in den XII Tafeln vor. So

1. die Vorschrift, dass die öffentlichen Wege durch die Anlieger im Stande erhalten werden mussten, wenn diese sich nicht gefallen lassen wollten, dass man statt des öffentlichen Weges sich eines Weges über ihr Grundstück bediene[11]). Die lex Iulia municipalis sprach jene Verbindlichkeit auch für die Strassen in der Stadt aus[12]). Und

2. wenn der Weg durch Erdsturz oder durch Ausbreitung eines Flusses unterging, so musste der nächste Nachbar von seinem Grund und Boden das zur Wiederherstellung Nöthige abtreten[13]).

3. In der Stadt sollte schon nach Vorschrift der XII Tafeln, wenn die Parteien nichts anderes verabredeten, zwischen den Gebäuden ein Zwischenraum (ambitus) von 5 Fuss gelassen werden, indem jeder sein Haus (wie eine insula) regelmässig von der Grenze des Grundstückes 2 $1/_2$ Fuss (sestertius pes) entfernt errichten sollte[14]). Spätere Kaiser erhöhten den Zwischenraum auf 12, unter Umständen auf 15 Fuss[15]).

7) S. Buch II. Kap. 2. — 8) S. Buch II. Kap. 3. — 9) S. Buch II. Kap. 3. — 10) S. Buch II. K. 5. — 11) Cic. pro Caecina c. 19. — 12) Tab. Heracl. v. 20. sq. v. 53 sq. — 13) L. 14. §. 1. quemadm. serv. amitt. VIII. 6. — 14) Varro de L. L. V. 22. ed. Müller; Paul. Diacon. ex Festo v. ambitus, v. insulae; Tacit. Ann. XV. 43.; l. 14. de serv. pr. urb. VIII. 2. — 15) L. 9. 11. 12. §. 2. Cod. de aedif. priv. VIII. 10.

4. Für die Höhe der Gebäude setzte Augustus als Maximum 70, Trajan 60 Fuss fest[16]). Zeno liess in einer ausführlichen Bauordnung bei angemessenem Abstande von den nächsten Gebäuden 100 Fuss zu[17]).

5. Ausserdem sollte der Nachbar, wenn auch das gesetzlich höhere Maass nicht überschritten wurde, fordern können, dass keine ihm nachtheilige Veränderung an dem altherkömmlichen Zustande des Hauses vorgenommen werde[18]).

6. Im öffentlichen Interesse wurde auch durch ein S. C. unter Augustus verboten, Verzierungen von Gebäuden zu trennen und überhaupt Gebäude auf Speculation zu zertrümmern, wie dieses damals überhand genommen hatte[19]).

Die vorstehenden Eigenthumsbeschränkungen sind jetzt sämmtlich unpraktisch. Nicht aber auch die folgenden:

7. Die XII Tafeln verboten schon unter Berufung auf die Solonische Gesetzgebung, zu nahe an der Grenze seines Grundstückes Anlagen zu machen, die dem Nachbar schaden können, wie Brunnen, Gruben, weitschattende Bäume[20]).

8. Wir dürfen überhaupt unsere Eigenthumsbefugnisse nicht zur blossen Chicane eines Anderen ausüben, d. h. so dass der Andere einen Nachtheil hat, ohne dass wir einen Vortheil erlangen; namentlich dürfen wir also keinen sogen. Neidbau aufführen[21]). Etwas Anderes ist es, wenn wir dem Nachbar bloss einen Vortheil entziehen, auf welchen derselbe keinen Anspruch hat, wie wenn wir einen Brunnen graben und dadurch der des Nachbars versiegt[22]).

9. Wir dürfen unser Gebäude nicht in einem baufälligen dem Nachbarn gefahrdrohenden Zustande lassen, oder so tief auf unserem Grunde graben, dass das Gebäude des Nachbars dadurch seine Sicherheit verliert, und überhaupt dürfen wir keinerlei Vorrichtung auf unserem Grundstücke in so mangelhaftem Zustande lassen, dass dadurch dem Nachbar Gefahr droht. Sonst kann dieser stets die cautio damni infecti verlangen und sich, wenn diese verweigert wird, ex primo decreto den Besitz und zuletzt nach zwei Monaten ex secundo decreto das Eigenthum des Grundstückes, von dem aus die Gefahr droht, zuweisen lassen[23]).

16) Sueton. Oct. 89.; S. Aurel. Vict. epitom. XIII. 3.; l. 1. §. 17. de O. N. N. XXXIX. 1. — 17) L. 12. §. 4. Cod. de aedif. priv. VIII. 10. — 18) L. 11. pr. de serv. praed. urb. VIII. 2.; l. 12. §. 1. Cod. de aedif. priv. VIII. 10. — 19) L. 52. de contr. emt. XVIII. 1.; l. 41. §. 1. 8. 9. de leg. I. [30]; l. 48. de damno inf. XXXIX. 2. — 20) L. 18. fin. reg. X. 1. — 21) L. 1. §. 12. l. 2. §. 9. de aqua et aquae pluv. arc. XXXIX. 3.; l. 3. pr. de operib. publ. L. 10.; Nov. 63. — 22) L. 24. §. 12. de damno inf. XXXIX. 2. — 23) Vgl. o. §. 139. S. 302.

10. Wir dürfen dem Nachbar nicht den Luftzug zu seiner Dreschtenne (area) verbauen[24]).

11. Wir dürfen nicht einen übermässigen, etwa durch besondere Gewerbe herbeigeführten Rauch machen[25]).

12. Wir dürfen auf unserem Privatgrundstücke keine Anlagen machen, wodurch das Regenwasser einen dem ager, (d. h. einem Grundstück ausserhalb der Stadt, auf dem kein Gebäude steht)[26]) des Nachbars schädlichen Lauf nimmt; sonst hat der Nachbar schon nach den XII Tafeln gegen uns eine *actio aquae pluviae arcendae*[27]) auf Hinwegräumung des opus manu factum, solo coniunctum, agro vicino nociturum auf Schadenersatz von der Litiscontestation an und auf Leistung einer cautio † de non amplius turbando; oder wenn das opus von einem Dritten errichtet, oder durch Naturereignisse entstanden ist, so geht die Klage (im letzten Falle als actio utilis) auf Gestattung der Hinwegräumung unter Cautionsleistung von Seiten des Klägers, dass er nichts an dem Grundstück ruiniren werde. Sind auf der einen oder anderen Seite mehrere Eigenthümer, so ist rücksichtlich der Wiederherstellung des früheren Zustandes ein Anspruch oder eine Verbindlichkeit der mehreren domini in solidum begründet, für den Ersatz haften sie aber nur † pro rata[28]). Die actio aquae pluviae arcendae fällt aber weg, wenn die Anlage in Folge eines Servitutenrechtes oder einer besondern Erlaubniss des Herrn des ager oder in Folge Privilegs oder agri colendicausa gemacht war, oder bloss in einem Damm zur Abwehr des Andrangs des Regenwassers vom eigenen Grundstücke, oder wenn das opus nociturum schon über Menschengedenken bestand[29]).

13. Nach den XII Tafeln durfte man keinen Todten näher als 60 Fuss bei fremden Gebäuden ohne Zustimmung des Eigenthümers verbrennen[30]). Auch sollte schon nach den XII Tafeln Niemand auf einem Grundstücke in der Stadt Rom einen Todten begraben dürfen[31]). Durch die Kaiser wurde dieses Verbot auf alle Städte des Reiches ausgedehnt[32]).

14. Wir dürfen aber einen unberechtigt auf unserem Grund und Boden beerdigten Leichnam nicht ohne höhere Genehmigung

24) L. 14. §. 1. Cod. de serv. et aqua III. 34. — 25) L. 8. §. 5 sqq. si serv. vind. VIII. 5. — 26) L. 211. de V. S. — 27) Dig. XXXIX. 3. de aqua et aquae pluviae arcendae. — 28) L. 6. §. 1—3.; l. 11. §. 3. 4. h. t. — 29) L. 1. §. 2—9. h. t.; l. 2. pr. §. 3. 9. eod.; l. 23. pr. h. t. — 30) Cic. de leg. II. 24. — 31) Cic. de legib. II. 23.; Serv. ad Aeneid. XI. v. 206. — 32) Capitol. Ant. Pius. c. 12.; Paul. R. S. I. 21. §. 2. 3.; l. 3. §. 5. de sepulcr. viol. XLVII. 12.; l. 12. Cod. de relig. III. 44.

ausgraben, sondern können nur eine Entschädigungsklage anstellen[33].

15. Schon nach röm. Rechte müssen wir dem Nachbar gegen eine vom Richter zu bestimmende Entschädigung den unentbehrlichen Weg zu einem Grabmal gestatten[34], und dieses hat die Praxis dahin ausgedehnt, dass wir dem Nachbar in allen Fällen gegen Entschädigung einen Nothweg einräumen müssen, in denen er zur gehörigen Benutzung seines Grundstückes eines solchen bedarf.

16. Auch müssen wir die Ausbauchung der nachbarlichen Wand bis zu $^1/_2$ Fuss dulden[35].

17. Wir müssen auch dulden, dass der Nachbar einen bestehenden Abzugskanal reinigt und ausbessert; andernfalls hat derselbe gegen Cautionsleistung, dass er nichts an unserem Grundstück beschädigen werde, das *interd. de cloacis* zur Erzwingung der Erlaubniss[36].

18. Ferner müssen wir schon nach den XII Tafeln dulden, dass die Bäume des Nachbars auf unser Grundstück herüberhängen, insofern sie nur in der Höhe von 15 Fuss über dem Erdboden herüberhängen; hängen sie aber unter dieser Höhe über unser Grundstück herab, oder hängen sie auf unser Dach, so können wir verlangen, dass der Nachbar die Aeste wegnehme, und wenn dieses nicht geschieht, dürfen wir sie so weit abschneiden und das Holz behalten, und werden wir daran gehindert, so haben wir nach prätor. Recht das interdictum prohibitorium *de arboribus caedendis*[37].

19. Wir müssen dem Nachbar, wie schon die XII Tafeln bestimmten, gestatten, dass er einen um den andern Tag (tertio quoque die) auf unserem Grundstücke die darauf hinübergefallenen Früchte seiner an der Grenze stehenden Bäume auflese, und hindern wir ihn daran, so kann er nach dem prätor. Edict das *interd. prohibitorium de glande legenda* (glans im Sinne der XII Tafeln = Obst) anstellen[38]. Particularrechtlich hat sich[39] aber der altdeutsche Grundsatz erhalten, dass die überfallenden oder überhängenden Früchte dem Nachbar gehören.

20. Endlich muss der Eigenthümer auch Nachgrabungen nach zu entdeckenden Metallen, Steinen u. dgl., insofern dieses ohne Verletzung der Oberfläche geschehen kann, dulden, jedoch nur gegen

33) L. 2. §. 2.; l. 7. pr.; l. 8. pr. de rel. XI. 7. — 34) L. 12. pr. de relig. XI. 7. — 35) L. 11. pr. si servit. vind. VIII. 5. — 36) Dig. XLIII. 23. de cloacis. — 37) L. 1. de arboribus caedendis XLIII. 27. — 38) L. un. de glande legenda XLIII. 28. — 39) So im Preuss. Landr., Oesterr. Gesetzb.

Abgabe von $^1/_{10}$ des Ertrags an den Fiscus und eines anderen $^1/_{10}$ an ihn selbst[40]).

21. Noch nicht oder wenigstens nicht im heutigen Umfange war dem röm. R. bekannt[41]) das in neuerer Zeit als Ausfluss eines sogen. Staatsnothrechts entwickelte Expropriationsrecht, d. h. das Recht, den Eigenthümer eines Grundstückes zu zwingen, dasselbe gegen Entschädigung zu öffentlichen Zwecken an den Staat oder an eine vom Staate mit diesem Rechte versehene Person abzutreten, also eine Art Zwangskauf. Nach deutschrechtlichen Grundsätzen sind auch die Ufereigenthümer bei öffentlichen Flüssen verpflichtet, für die Zwecke der Schifffahrt ohne Entschädigung einen Leinpfad dem Ufer entlang offen zu lassen. Der Eigenthümer eines angrenzenden Mühlgrabens oder einer Wasserleitung darf bei einer Reinigung derselben kraft gemeiner deutscher Gewohnheit den Sand, Schmutz u. dgl. auf das nachbarliche Grundstück werfen (Recht der Schaufelschlage).

III. Von der Vindication, d. h. der Klage auf Anerkennung des Eigenthums und Herausgabe der Sache ist der Eigenthümer ausgeschlossen, wenn dieselbe mit einer fremden Sache in Cohaerenz getreten ist; es muss dann zunächst eine actio ad exhibendum auf Lostrennung angestellt werden. Wenn aber tigna aedibus vel vineis iuncta sunt, d. h. Baumaterial in einem fremden Gebäude oder Weinberge verbaut ist[42]), so sollte schon nach den XII Tafeln die Klage auf Lostrennung unzulässig sein (eine Anwendung des Satzes: ne urbs ruinis deformetur). Der Eigenthümer des verbauten Materials hat, wenn die tigna nicht furtiva sind, bloss eine actio in factum auf einfachen Schadenersatz. Wenn ihm aber die tigna gestohlen waren, so hat er, wenn der Eigenthümer des Gebäudes oder Weinbergs in bona fide war, nur eine actio de tigno iuncto auf das duplum des Werthes (als eine Art Transact); war derselbe aber in mala fide, so hat der Eigenthümer der tigna iuncta nicht bloss die actio de tigno iuncto auf das duplum, sondern noch dazu gegen den Beklagten als fictus possessor qui dolo malo desiit possidere, eine actio auf das id quod interest, also im Ganzen kann er den dreifachen Werth beanspruchen. Jedoch wenn er die actio ad exhib. id quod interest nicht anstellt, sondern bis zur Wiederabtrennung der tigna wartet, so kann er dann noch eine rei vindicatio auf Rückgabe derselben anstellen.

IV. Wenn die Veräusserung von Sachen[43]) durch das

40) L. 3. 6. Cod. de metallariis XI. 6. — 41) Cf. l. 14. §. 1. quemadm. serv. VIII. 6.; c. 6. Cod. de emendatione servor. IX. 14; Grünhut, Das Enteignungsrecht. Wien 1873. — 42) Festus s. v. tignum gibt die eigenen Worte der XII Tafeln an, die Huschke 1837 in einem Programm emendirt hat; Dig. XLVII. 3. de tigno iuncto.

43) Inst. II. 8. quibus alienare licet vel non; Cod. IV. 51. de rebus alienandis et de prohibita rerum alienatione vel hypotheca. Vangerow I. §. 299. Anm.; Schröder, Zur Lehre von den gesetzlichen Veräusserungsverboten. Heidelberg 1875.

Gesetz verboten ist, wie z. B. die der res litigiosae (deren Widmung an die Gottheit schon die XII Tafeln verboten[44]) und deren Veräusserung überhaupt durch ein Edict unter Augustus verboten wurde)[45]; die des fundus dotalis durch den Ehemann, die der vermachten Sache durch den mit dem Vermächtniss Belasteten, die der Mündelgüter, der bona adventicia der Hauskinder — oder wenn der Richter die Veräusserung verbietet, z. B. ein Grundstück mit Arrest belegt, so ist die dennoch geschehene Veräusserung nichtig. Ist durch Vertrag oder durch letztwillige Verfügung die Veräusserung einer Sache untersagt, so hat dieses Verbot nur dann Wirkung, wenn Jemand auf Grund des Vertrags oder Testaments ein rechtliches Interesse, z. B. einen Anspruch auf eine Conventionalstrafe oder Herausgabe der Sache für den Fall der Veräusserung derselben hat, aber es ist dennoch die geschehene Veräusserung nicht nichtig, sondern nur eine obligatio ad restituendum, resp. Leistung der Conventionalstrafe, begründet, welche nur mit einer actio in personam gegen denjenigen, welcher die Veräusserung vornahm und dessen Universalsuccessoren, nicht aber auch mit dinglichen Klagen gegen dritte Besitzer und Erwerber der Sache geltend gemacht werden kann. Nur wenn eine Sache Jemandem zum Eigenthum übertragen wird unter der Resolutivbedingung, dass keine Veräusserung stattfinde, oder wenn der, welcher ein dingliches Recht an einer fremden Sache hat, (z. B. der Pfandgläubiger von seinem Pfandschuldner)[46] sich die Nichtveräusserung versprechen lässt, oder der Testator zum Vortheil einer bestimmten Person seine eigene Sache zu veräussern verboten hat, in welchem letzteren Falle in dem Veräusserungsverbot zugleich die Anordnung eines Vermächtnisses enthalten und damit zugleich ein gesetzliches Veräusserungsverbot neben dem testamentarischen begründet ist[47]) — so ist die Veräusserung, wenn sie dennoch geschieht, nichtig.

V. 1. Ein zur Zeit für eine bestimmte Person vollständig begründetes Eigenthum kann auch der Zeit nach dinglich beschränkt sein (dominium † revocabile), nämlich wenn schon jetzt feststeht, dass, falls später ein gewisser Umstand oder Zeitpunkt eintreten sollte, das Eigenthum ohne Weiteres ipso iure, unabhängig von dem Willen des derzeitigen Eigenthümers, an einen andern fällt, sei dieser der ursprüngliche Eigenthümer, oder ein Dritter. Ein solches widerrufliches Eigenthum im eigentlichen Sinne des

44) L. 3. de litig. XLIV. 6. — 45) Fragm. de iure fisci §. 8.; l. 4. Cod. de litig. VIII. 7; Nov. 112. c. 1. — 46) L. 7. §. 2. de dist. pign. XX. 5. — 47) L. 3. §. 2; Cod. comm. de legat. VI. 43. vgl. l. 114. §. 14. de legat. I. verb. quodsi liberos etc.

Wortes kommt z. B. vor, wenn Eigenthum unter einer suspensiven oder unter einer resolutiven Bedingung übertragen wird, indem im ersteren Falle der Tradent, im zweiten der Erwerber ein wahres dominium revocabile hat[48]). Ebenso hat bei einem Eigenthums-Vermächtniss, wenn es unter einer Suspensivbedingung geschieht, der Erbe, und wenn es unter einer Resolutivbedingung geschieht, der Legatar, ein widerrufliches Eigenthum[49]).

2. Verschieden von diesem widerruflichen Eigenthum ist der Fall des schwebenden Eigenthums, (dominium † pendens, dominium † revocabile ex tunc), d. h. wenn äusserlich zwar sofort das Eigenthum erworben zu sein scheint, aber in Wirklichkeit erst durch den Eintritt oder Nichteintritt eines zur Zeit noch ungewissen Umstandes entschieden wird, ob wirklich Eigenthum erworben ist oder nicht. Tritt nachher dieser entscheidende Umstand ein, so ist es nun gewiss geworden, entweder, dass von Anfang an wirklich das Eigenthnm erworben, oder, dass es von Anfang an gar nicht begründet war[50]). So z. B. fallen bei dem Niessbrauch an einer Heerde die Thierjungen in das Eigenthum des Niessbrauchers, aber wenn dieser einzelne Stücke seines Nachwuchses (wie er verpflichtet ist) zur Ergänzung abgängiger Thiere in die Heerde einverleibt, so ist es jetzt so, als wären diese Thiere von Anfang an nicht in seinem, sondern im Eigenthum des Eigenthümers der Heerde gewesen[51]). Ferner, wenn ein Sclave, der sich im Niessbrauche eines Dritten befindet, unter Abschluss eines Creditvertrages eine Sache käuflich erwirbt, so kommt es darauf an, ob der Kaufpreis nachher aus dem Vermögen des Niessbrauchers oder dem des Proprietars entnommen wird; im ersten Falle wird der Niessbraucher, im anderen der Proprietar der Eigenthümer der gekauften Sache und zwar nicht erst von der Zahlung des Kaufpreises an, sondern es ist jetzt gewiss, dass er es gleich von Anfang an geworden ist[52]). Ebenso ist es bei der dominii impetratio von Seiten des Pfandgläubigers, wenn dieser, weil sich kein Käufer findet, das Pfandobject gegen den Tax-Preis zugesprochen erhält, indem es in dem Falle, dass der Schuldner von seinem zweijährigen Wiedereinlösungsrecht Gebrauch macht, so ist, als ob er niemals das Eigenthum der Sache verloren und als ob der Pfandgläubiger dasselbe niemals erworben hätte[53]). Auch beim Eigenthums-Vermächtniss „si legatarius repu-

48) S. o. §. 137. S. 295. — 49) L. 12. §. 5. de usufr. VII. 1; l. 1. §. 4. de S. C. Silan. XXIX. 5; l. 16. de statu lib. XL. 7; l. 15. 16. de statu homin. I. 5. — 50) L. 15. de reb. dub. XXXIV. 5.; l. 98. §. 3. de solut. XLVI 3. — 51) L. 70. §. 1. de usufr. VII. 1; l. 12. §. 5. i. f. eod.; l. 69. eod. — 52) L. 43. §. 2. de acq. rer. dom. XLI. 1; l. 12. §. 5. cf. l. 2. §. 1. de usufr. VII. 1. — 53) L. 63. §. 4. de acq. rer. dom. XLI. 1.

lerit a se legatum, nunquam eius fuisse videbitur, si non repulerit, ex die aditae hereditatis eius intelligetur" [54]).

Beide Fälle, das schwebende und das widerrufliche Eigenthum haben insofern die gleiche Wirkung, als beim Eintritte des entscheidenden Umstandes die Sache ipso iure in das Eigenthum dessen fällt, zu dessen Gunsten die Entscheidung eintritt, so dass dieser die Sache aus den Händen eines jeden Dritten vindiciren kann [55]), und zwar beim schwebenden Eigenthum desshalb, weil es sich jetzt rückwärts als gewiss herausstellt, dass ein Nichteigenthümer die Veräusserungen oder Belastungen vornahm [56]), beim widerruflichen Eigenthum als Folge des Satzes, resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum. Es unterscheiden sich die beiden Fälle aber in folgenden Wirkungen:

a) Im Falle des schwebenden Eigenthums kann, wenn die Sache vor Eintritt des entscheidenden Umstandes gestohlen oder beschädigt wird, noch keiner der beiden alternativen Eigenthümer desshalb eine Klage anstellen [57]), sondern erst nach dem Eintritt der Entscheidung erscheint derjenige als von Anfang an klageberechtigt, zu dessen Gunsten dieselbe ausgefallen ist [58]). Im Falle des widerruflichen Eigenthums steht das Klagerecht aber sofort und ausschliesslich dem Zwischeneigenthümer zu [59]).

b) Wenn während des schwebenden Eigenthums ein dingliches Recht des derzeitigen Inhabers der Sache confusione unterging [60]), so wird die confusio rückwärts wieder ungültig, wenn die Entscheidung gegen den bisherigen Inhaber der Sache eintritt [61]), während im Falle des widerruflichen Eigenthums das umgekehrte Verhältniss eintritt [62]).

c) Accessionen (Schatz, partus ancillae, und Früchte) fallen bei dem schwebenden Eigenthum dem zu, zu dessen Gunsten die Entscheidung ausfällt [63]), während sie im Falle des widerruflichen Eigenthums dem Zwischeneigenthümer verbleiben [64]).

54) L. 86. §. 2. de legat. I. — 55) L. 11. §. 1. quemadm. serv. am. VIII. 6; l. 13. §. 1. de pignor. XX. 1; l. 105. i. f. de cond. XXXV. 1. — 56) L. 15. de reb. dub. XXXIV. 5. — 57) L. 12. §. 5. de usufr. VII. 1; l. 43. §. 10. de aed. ed. XXI. 1. — 58) L. 13. §. 3.; l. 17. §. 1; l. 34—36. pr. ad leg. Aq. IX. 2. — 59) L. 12. §. 5. cit. — 60) S. o. §. 95. S. 193. — 61) L. 57. pr. de ususfr. VII. 1.; l. 38. §. 1. de legat. I. — 62) L. 17. quib. mod. ususfr. VII. 4; l. 6. de manum. test. XL. 4. — 63) L. 63. §. 4. de acq. rer. dom. XLI. 1.

64) L. 3. §. 16.; l. 16. de statu liber. XL. 7; l. 15. 16. de statu hom. I. 5. Man vgl. über die früher nicht genug unterschiedenen Fälle des widerruflichen und des schwebenden Eigenthums: Fitting, Ueber den Begriff der Rückziehung. Erlangen 1856. bes. S. 62 ff.; Vangerow, I. §. 301. der 7. Aufl.; J. Engelmann, Der Rückfall des Eigenthums. Stuttgart 1868; Wächter, Das schwebende Eigenthum. Leipzig 1871.

d) Wenn derjenige, welcher sich beim Eintritt des entscheidenden Umstandes als der Berechtigte herausstellt, in dem Augenblick der Entscheidung sui iuris ist, aber zur Zeit der Begründung des Rechtsverhältnisses in fremder Gewalt stand, so ist nun bei dem schwebenden Eigenthum nicht er, sondern sein früherer Gewalthaber der Eigenthümer[65]), während beim revocabeln Eigenthum er selbst in der Regel das Eigenthum erwirbt[66]).

3. Durchaus verschieden von den beiden vorigen Fällen ist der Fall, wo ein Eigenthümer bloss obligatorisch verpflichtet ist, beim Eintritt eines gewissen Umstandes das Eigenthum, sei es mit oder ohne die Früchte und Nutzungen, zu restituiren (sog. dominium † revocabile ex nunc), so dass beim Eintritt des Umstandes nur eine actio in personam auf Erfüllung der Obligation resp. Entschädigung angestellt werden kann, nicht aber auch eine dingliche Klage gegen dritte Besitzer zur Erlangung der Restitution oder zur Beseitigung dinglicher Lasten, die der zeitige Eigenthümer unter Hintansetzung seiner Obligation aufgelegt hatte.

§. 141. Von den Erwerbsarten des Eigenthums im Allgemeinen[1]).

I. Man hat früher behauptet, man könne bei jedem Erwerb des Eigenthums oder dinglicher Nutzungsrechte zwei Bestandtheile, den *titulus*, d. h. einen Vorgang, wodurch ein obligatorischer Anspruch auf Erlangung des dinglichen Rechtes, ein ius ad rem begründet werde, und den *modus*, d. h. den Vorgang, der erst das ius in re begründe, unterscheiden; aber nur bei dem Erwerb durch usucapio[2]) muss und bei dem durch traditio[3]) kann und wird gewöhnlich ein titulus vorhergehen oder hinzukommen[4]).

II. Heutzutage unterscheidet man die Eigenthumserwerbsarten gewöhnlich in solche, welche mit, und solche, welche ohne Vermittelung des Besitzerwerbes geschehen. Die Römer unterschieden *acquisitiones civiles* und *naturales*[5]). Erstere sind die dem Civilrecht

65) L. 78. de V. O. XLV. 1; l. ult. de stip. servor. XLV. 3.; l. 18. de R. I. — 66) L. 5. §. 7. l. 14. §. 3. quando dies legat. XXXVI. 2; l. 11. §. 2 sqq. de donat. int. vir. et uxor. XXIV. 1.

§. 141. 1) Inst. II. 1. de rerum divisione et adquirendo ipsarum dominio; Dig. XLI. 1. de adquirendo rerum dominio; Gai. II. §. 1—97; Ulp. t. XIX.; Varro de re rust. II. 10. nr. 4. — Hofmann, Die Lehre vom titulus und modus acquirendi und von der iusta causa traditionis. Wien 1873.

2) S. §. 146. — 3) S. §. 144. — 4) Vgl. Hugo im civil. Magazin I. S. 226 ff.; IV. S. 137 ff.; Unger II. §. 72. Anm. 25—42; v. Brünneck, Ueber den Ursprung des sog. ius ad rem. Berlin. 1869. — 5) Gai. II. 65. sqq.; §. 11. sqq. Inst. de rer. div. II. 1. l. 1. pr. de acq. rer. dom. XLI. 1.; l. 23. pr. de R. V. VI. 1.

specifisch eigenthümlichen Erwerbsarten, welche ganz unbestritten bei res mancipi immer zum dominium ex iure Quir. führten. Ihre charakteristische Eigenthümlichkeit bestand in der Oeffentlichkeit des Eigenthumserwerbes. Es gehören hierher [6]):

1. Die nur bei res mancipi [7]) vorkommende *mancipatio* [8]). Der Erwerber ergriff dabei die Sache und sprach: „hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio eaque mihi emta est hoc aere aeneaque libra.“ Unbewegliche Sachen wurden ursprünglich an dem Orte, wo sie gelegen waren, mancipirt, später diente ein Span, ein Ziegel, eine Scholle von der Immobilie als Symbol, um daran die mancipatio vorzunehmen [9]). Im justin. Rechte ist die schon im 4. Jahrhundert nach Christus antiquirte mancipatio mit der Unterscheidung von res mancipi und nec mancipi ausdrücklich aufgehoben [10]).

2. Die auf res mancipi wie res nec mancipi und auch bei unkörperlichen Sachen, soweit dabei eine vindicatio möglich war, anwendbare, wie die mancipatio schon in den XII Tafeln bestätigte [11]) und im 4. Jahrhundert n. Chr. antiquirte *in iure cessio*, d. h. der Erwerbende vindicirte die ihm zu übertragende Sache vor dem Magistrate (z. B. also: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio), und der das Eigenthum Uebertragende war dabei zugegen nnd erhob keine Einwendung (war also gleichsam ein confessus in iure) [12]), und darauf addicirte der Prätor die Sache dem Ersteren [13]).

3. Die *usucapio*, d. h. die altcivile Ersitzung [14]).

4. Uebertragung von Seiten des römischen Staates und zwar:

a) in Folge Verkaufs von Staatsländereien an die Bürger durch den Quästor (ager quaestorius), oder durch Vertheilung von Ländereien (ager assignatus) in Folge einer *lex agraria* oder *de coloniis deducendis*, und besonders in Folge kaiserlicher Anordnung an Veteranen [15]);

b) durch *emtio-venditio sub corona*, d. h. bei der öffentlichen Versteigerung erbeuteter Sachen durch den Zuschlag des quaestor aerarii, wobei die Gefangenen eine corona trugen [16]), oder auch

6) Vgl. Varro de re rust. II. 10; Ulp. XIX. 2. — 7) S. o. §. 68. S. 145. — 8) S. o. §. 49. nr. IV. S. 114. — 9) Gai. I. 119—122; Ulp. XIX. 3 sqq. — 10) Cod. VII. 31. de usucap. transf. et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi. — 11) Fragm. Vat. 50. — 12) S. o. §. 128. nr. II. S. 267. — 13) Gai. II. 24. 25. 96; Ulp. XIX. 9—11; Vatic. fr. 50. — 14) S. u. §. 146. — 15) L. 11. pr. de evict. XXI. 2.; l. 15. §. 2. de R. V. VI. 1; Liber colon. in Gromat. vet. Ed. Lachmann p. 209—262; Hygin. de limit. const. Ed. Lachmann p. 169. 178. — 16) Gell. VII. 4. XIII. 24.

durch Vertheilung erbeuteter Sachen durch den Imperator an die Soldaten[17];

c) durch *sectio bonorum*, d. h. öffentlichen Verkauf der confiscirten Güter eines Capitalverbrechers[18].

5. *Ius accrescendi in servo*[19].

6. *Adiudicatio* in einem *iudicium legitimum*[20].

7. *Lege*[21] und zwar:

a) durch Verwirkung des Eigenthums von Seiten des bisherigen Eigenthümers. So verliert im Falle der Zolldefraudation der Eigenthümer das Eigenthum an den Zollberechtigten (den Fiscus oder den Publicanus)[22]. Ebenso verliert der Miteigenthümer eines Hauses sein Miteigenthum an den anderen Miteigenthümer, dem er die nothwendigen Reparaturkosten, die dieser allein getragen hatte, nicht pro rata sammt 12 % Zinsen binnen vier Monaten ersetzt[23]. Endlich verliert der parens, der eine andere Ehe schliesst, das Eigenthum an den lucra nuptialia aus der früheren Ehe an die aus dieser vorhandenen Kinder[24];

b) durch *capitis diminutio*[25]; c. durch *hereditas;* d) durch *legatum per vindicationem*; e. durch *caducum* und f. durch *erepticium* (über die letzteren vier Fälle wird im Buch V, im Erbrecht gehandelt).

III. *Acquisitiones naturales* sind die im ius gentium begründeten Eigenthumserwerbsarten: 1. die *occupatio*[26], 2. † *specificatio*[27], 3. *traditio*[28], 4. *accessio*[29], 5. *confusio* und *commixtio*[30], 6. der Fruchterwerb[31]. Von diesen acquisitiones naturales haben Viele[32] behauptet, es habe dadurch nur bonitarisches, also im alten R. gar kein Eigenthum begründet werden können. In Bezug auf res mancipi ist dies im Allgemeinen zuzugeben, nicht aber in Bezug auf res nec mancipi[33]. Die Fälle, in denen ein bonitarisches Eigenthum entstand, waren 1) wenn es in subj. oder object. Beziehung an dem commercium iuris civilis fehlte; 2) wenn eine res mancipi einfach tradirt wurde, oder 3) wenn bei der ac-

17) Cic. de invent. I. 45. — 18) Gai. IV. 146.; Festus s. v. hasta; sectorium. Vgl. o. §. 51. a. E. — 19) S. o. §. 46. nr. I. S. 101; Cod. VII. 7. de communi servo manumisso; §. 4. Inst. de donat. II. 7. — 20) S. o. §. 114. nr. II. 2. S. 220 f.; Ulp. XIX. 16; Gai. IV. 22; §. 7. Inst. de off. iud. IV. 17; l. 1. fam. herc. X. 2. — 21) Ulp. XIX. 17.; Gai. II. 191—200. — 22) L. 14. de public. et vectig. et commissis. XXXIX. 4; l. 2. Cod. de vectig. et commiss. IV. 61. — 23) L. 52. §. 10. pro socio. XVII. 2; l. 4. Cod. de aedif. priv. VIII. 10. — 24) S. u. §. 232. — 25) S. o. §. 42. S. 90 f. — 26) S. u. §. 142. — 27) S. u. §. 143. — 28) S. u. §. 144. — 29) S. u. §. 148. — 30) S. u. §. 149. — 31) S. u. §. 147. — 32) Hugo, Puchta Inst. Bd. II. §. 236., Scheurl, Boecking, Pand. §. 141. — 33) So richtig Unterholzner, Zimmern, Schilling, v. Vangerow, Walter, Röm. Rgsch. II. §. 566.

cessio die res principalis bloss im bonitar. Eigenthum stand, 4) durch alle prätorischen Eigenthums-Erwerbsarten, also a) die *longi temporis praescriptio*[34]), d. h. die während der Republik vom Prätor eingeführte Ersitzung, b) die *adiudicatio* in einem *iudicium imperio continens*[35]), c) die *immissio ex secundo decreto*[36]), d) *bonorum emtio*[37]), e) die Gestattung des *ducere* eines *servus ex noxali causa*[38]), f) *bonorum possessio*[39]), g) die principiell zwar aus dem Civilrecht stammenden, aber erst durch den Prätor ausgeführten Erwerbungen, wie die durch Fideicommiss.

Von einigen Eigenthumserwerbsarten insbesondere.

§. 142. Von der Occupation[1]).

I. Diese ist der Eigenthumserwerb an einer res nullius in commercio durch Ergreifung des juristischen Besitzes[2]).

II. Es gehört hierher nach röm. R. auch die Jagd, d. h. Erlegen und Apprehendiren des in natürlicher Freiheit lebenden wilden Thieres, und ebenso der Fischfang und das Erbeuten (occupatio bellica), indem nach altem ius gentium der Krieg die beiden kriegführenden Völker und deren Staats- und Privat-Eigenthum gegenseitig rechtlos machte. Regelmässig musste aber der Soldat die erbeuteten Gegenstände an den Feldherrn abliefern, und dieser lieferte sie an das aerarium ab, damit sie verkauft und der Erlös, oder auch damit die Sachen selbst einzeln gleichmässig unter die Soldaten vertheilt würden. Es durften aber überhaupt auch Sachen der nicht bewaffneten Bürger des feindlichen Staats occupirt werden, und dabei bestand keine Pflicht der Ablieferung[3]). Der Feind konnte die Sachen zurückerbeuten, wenn er sie in seine Verschanzungen (intra praesidia) zurückbrachte[4]), aber sie fielen dann nicht an den früheren Eigenthümer zurück, sondern gehörten nun dem neuen Erbeuter. Bei Personen, Grundstücken, Sclaven, Lastschiffen und abgerichteten Pferden lebte jedoch, wenn man sie aus der Gewalt des Feindes wieder befreite und auf röm. oder verbündeten Boden zurückführte, das alte Eigenthum der früheren Besitzer daran iure postliminii wieder auf[5]).

34) S. u. §. 146. — 35) S. o. §. 114. nr. II. 2. S. 221. — 36) S. o. §. 139. S. 302. — 37) S. o. §. 135. S. 283 f. — 38) S. o. §. 43. S. 95. — 39) S. u. §. 241.

§. 142. 1) Procul. l. 55. de adquir. rer. dom. XLI. 1.; Gai. I. 3. pr. eod.; Gai. II. 66—69; §. 12—39. Inst. de rer. div. II. 1. — 2) S. o. §. 137. S. 294. — 3) L. 51. §. 1. de acq. rer. dom. XLI. 1.; l. 12. pr. de capt. XLIX. 15. — 4) L. 5. §. 1. de captiv. XLIX. 15. — 5) S. o. §. 45. I. S. 99.; l. 12. pr. §. 1; l. 19. §. 5; l. 20. §. 1. de captiv. XLIX. 15; Cic. Topic. c. 8; Festus s. v. postliminium.

III. Eine occupatio ist auch die *thesauri motio*, d. h. das Heben eines Schatzes[6]). Ein Schatz ist eine werthvolle bewegliche Sache, welche so lange in einer andern beweglichen oder unbeweglichen Sache verborgen war, dass der frühere Eigenthümer nicht mehr aufgefunden werden kann.

Hadrian[7]) traf zuerst besondere Bestimmungen über das Schatzheben. Wer auf seinem eigenen Grundstück oder in seiner eigenen Mobilie einen Schatz findet und hebt, soll ihn durch die Occupation erwerben und vollständig behalten dürfen. Wer in fremder Sache einen Schatz findet, nach dem er absichtlich gesucht hat, verwirkt allen Anspruch darauf. Wer zufällig in fremder Sache einen Schatz findet und hebt, erlangt durch die Occupation das Eigenthum an der Hälfte desselben, während die andere Häfte dem Eigenthümer des Grundstücks oder der Mobilie per accessionem zufällt[8]). Gehört die Sache, worin sich der Schatz befand, dem Staate, und der Finder verheimlicht den gefundenen Schatz, so verliert er zur Strafe alles Recht daran und muss er noch ausserdem den ganzen Werth des Schatzes dazu bezahlen. Wer an einem heiligen Orte oder auf einem Begräbnissplatze einen Schatz findet und hebt, soll das Eigenthum daran vollständig ohne Abzug erhalten. Nach einer Constitution von Marc. Aurel und Verus sollte jedoch der Fiscus ipso iure die Hälfte des auf einem Begräbnissplatze zufällig gefundenen Schatzes erwerben[9]). An den Hadrianischen Vorschriften scheint durch vorübergehende Finanzmassregeln wiederholt eine Aenderung zu Gunsten des Fiscus gemacht worden zu sein, so dass unter manchen Regierungen sogar alle Schätze dem Fiscus vindicirt wurden[10]). Constantin sprach wieder durch allgemeines Gesetz dem Finder die Hälfte des Schatzes zu[11]). Theodosius erneuerte die hadrianischen Bestimmungen, nur beschränkte er den Anspruch des Grundeigenthümers auf ein Viertheil[12]). Es scheint jedoch bald wieder das ausschliessliche Recht des Fiscus auf alle Schätze geltend geworden zu sein[13]). Leo führte aber wieder das hadrianische Recht ein, mit dem Zusatze, dass derjenige, welcher heidnische Gebräuche und Zauberkünste beim Schatzsuchen angewandt habe, sein ganzes Anrecht an den Fiscus verlieren solle[14]). Diese Bestimmungen sind dann auch so in das justinianische Recht übergegangen[15]).

6) Cod. Theod. X. 18; Cod. Iust. X. 15. de thesauris; l. 31. Dig. de acq. rer. dom. XLI. 1.; §. 39. Inst. de rer. div. II. 1. — 7) S. §. 39. Inst. de rer. div. II. 1; Spartian. Hadr. 18. — 8) L. 63. h. t. XLI. 1. — 9) L. 3. §. 10. 11. de iure fisci. XLIX. 14. — 10) Lamprid. Alex. c. 46. — 11) L. 1. Cod. Theod. de thesaur. X. 18. — 12) L. 2. 3. Cod. Th. eod. — 13) Cassiodor. Var. VI. 8. — 14) L. un. Cod. de thesauris. X. 15. — 15) Vgl. auch Arndts Pand. §. 154. Anm. 6.

IV. Verlorene Sachen sind im Allgemeinen nach deutscher Ansicht dann als herrenlos anzusehen, wenn der Finder das Seinige gethan hat, um den Eigenthümer derselben ausfindig zu machen und dieses ohne Erfolg geblieben ist[16].

§. 143. Von der † Specificatio, Verarbeitung, Neugestaltung[1].

I. Diese ist der Eigenthumserwerb durch Umwandlung eines fremden Stoffes in ein Fabricat anderer Art (cum ex aliena materia species aliqua facta sit)[2]. Die Sabinianer hielten dieses für eine Art accessio, indem die Substanz das Wesentliche ausmache, und sie sprachen daher dem Eigenthümer des Stoffes die neue species zu. Die Proculianer sahen darin eine Art von occupatio, indem die Umgestaltung das Wesentliche und durch Umformung die alte Sache untergegangen sei, und sie sprachen daher die neue species dem Specificanten zu. Justinian recipirte eine Mitteltheorie, welche schon Gaius[3], Callistratus[4], Paulus[5], Ulpian[6] annahmen, nämlich der Specificant solle nur dann Eigenthümer der neuen species werden, wenn sich die Sache gar nicht oder nicht ohne Verletzung ihrer Substanz in die frühere Gestalt zurückführen lasse, indem er mit Gaius l. c. davon ausging, dass dann die frühere Sache als untergegangen und nicht mehr bestehend anzusehen sei. Natürlich muss dann aber der Specificant den Eigenthümer der von ihm specificirten Sache entschädigen.

II. Ob der Specificant in bona oder mala fide ist, d. h. weiss, dass der Stoff ihm nicht gehörte, oder dieses nicht weiss, ist auf die obligatorischen Verhältnisse zur Ersatzleistung, die er durch seine Vernichtung des Eigenthumsgegenstandes des Anderen begründet, von wesentlichem Einfluss[7]; auf den Eigenthumserwerb an dem vorher nicht existent gewesenen Gegenstande hat es aber keinen Einfluss[8]. Nur der fur erwirbt durch specificatio das Eigenthum einer fremden Sache nicht[9].

III. Das Ausdreschen des Getreides ist ein blosses naturgemässes Auseinanderlegen verschiedener Eigenthumsgegenstände und gilt daher nicht als specificatio[10].

16) Vgl. auch unten §. 150. nr. II. 1. S. 338.

§. 143. 1) §. 25. Inst. de rer. divis. II. 1; Gai. II. 79.; l. 7. §. 7. de acquir. rer. dom. XLI. 1.; Boecking, Pand. II. §. 154. — 2) Den passenden Ausdruck specificatio kannte das klassische röm. Recht noch nicht. — 3) L. 7. cit. — 4) L. 12. §. 1. eod. — 5) L. 24. eod. — 6) L. 5. §. 1. de R. V. VI. 1. — 7) L. 8. 9. § 3. 8. l. 12. §. 3. ad exhib. X. 4. — 8) Gai. II. 79; l. 7. §. 7. cit.; l. 6. §. 1. de auro, argento. XXXIV. 2.; l. 29. §. 1. de donat. inter vir. et ux. XXIV. 1. — 9) Arg. l. 8. §. 1. de cond. furt. XIII. 1. — 10) §. 25. Inst. de rer. div. II. 1. stellt das Ausdreschen des Getreides zu den Specificationsfällen, wird aber berichtigt durch die ausführliche Pandektenstelle von Gaius l. 7. §. 7. cit.

§. 144. Die traditio [1]).

I. Traditio ist die Uebertragung einer körperlichen Sache in's Eigenthum durch Einräumung des juristischen Besitzes [2]) unter Hinzukommen einer iusta causa, d. h. eines äusseren Vorganges, wodurch von der einen Seite der Wille, Eigenthum zu übertragen und von der anderen Seite der Wille, Eigenthum zu empfangen, kundgegeben wird. Die iusta causa muss nicht nothwendig in einem auf Eigenthumsübertragung gerichteten Rechtsgeschäfte (titulus) bestehen [3]).

Paul. l. 31. de acq. rer. dom. XLI. 1: Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. Diocl. et Maxim. l. 20. Cod. de pactis. II. 3.: Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

II. Die Besitzübertragung der Sache kann möglicher Weise der iusta causa vorausgehen: es ist dann das Eigenthum erst mit Eintritt der iusta causa erworben, wie z. B. wenn eine Sache unter einer Suspensivbedingung verkauft und schon tradirt ist, bis zum Eintritt der Bedingung [4]).

III. Unkörperliche Sachen können nicht durch Tradition übertragen werden.

IV. Empfänger und Tradent müssen fähig sein, Eigenthum zu erwerben und zu geben. Nur durch den Eigenthümer oder dessen vorgängige oder nachfolgende Einwilligung kann Eigenthum übertragen werden [5]). Auch der Pfandgläubiger überträgt bei Ausübung des Pfandrechts das Eigenthum des verpfändeten Gegenstandes an den Käufer kraft der durch die Verpfändung dazu ertheilten Vollmacht des Verpfänders. Nur der Fiscus überträgt seit Zeno sogar durch Tradition fremder Sachen dem Empfänger das Eigenthum, und der frühere Eigenthümer hat nur binnen 4 Jahren eine Klage gegen den Fiscus auf Ersatz [6]). Justinian [7]) dehnte dieses auch auf Uebertragungen von Seiten des Kaisers und der Kaiserin aus [8]). Wenn ein Nichteigenthümer Jemanden die Sache übertrug, z. B. durch Verkauf, und später Eigenthümer der Sache wird, z. B. durch Erbgang, so wird dadurch die früher vorgenommene Uebertragung

§. 144. 1) Ulp. XIX. 7; Gai. II. 65; l. 9. §. 3. de acq. rer. dom. XLI. 1; §. 40—48. Inst. de rer. div. II. 1. — Exner, Die Lehre von dem Rechtserwerbe durch Tradition. Wien 1867; Otto Mayer, Die iusta causa bei Tradition und Usucapion. Erlangen 1871.; Hofmann, s. o. §. 141. Note 1 cit.

2) S. o. § 137. S. 294. — 3) Vgl. z. B. u. §. 194. nr. III. 1. — 4) S. o. §. 140. V. 2. S. 311. Ueber Tradition bei res mancipi und nec mancipi vgl. o. §. 139. nr. II. S. 301. — 5) L. 20. pr. de A. R. D. XLI. 1. — 6) §. ult. Inst. de usucap. II. 6; Zeno l. 2. Cod. de quadr. praescr. VII. 37. — 7) L. 3. Cod. eod. — 8) Ueber den Eigenthumserwerb an Mobilien durch Tradition nach deutschem Rechte vgl. u. §. 150. II. 1. S. 338.

nicht zu einer gültigen wirklichen Eigenthumsübertragung, und der Empfänger also dadurch nun doch nicht Eigenthümer; jedoch braucht der Letztere die Sache dem Uebertragenden, wenn dieser sie nun vindiciren wollte, nicht herauszugeben, sondern er kann die Vindication durch eine (speciell als exceptio rei venditae et traditae oder generell als exc. doli gefasste) Einrede zurückweisen; ja der Empfänger, der die Sache in gutem Glauben empfangen hat, kann sogar mit der actio Publiciana gegen den Dritten auftreten, indem er dann die (genannte) Einrede als Replik zur Aufrechthaltung seiner Klage gegen die Eigenthums- oder dgl. Einrede des beklagten Besitzers anwendet. Jene exceptio und replicatio (doli oder rei venditae et traditae) hat in jenem Falle nicht bloss der Erwerber selbst, sondern auch dessen Gesammt- oder Sondernachfolger, und sie geht nicht bloss gegen denjenigen, der die Sache übertrug, sondern auch gegen dessen Rechtsnachfolger[9]). Ebenso wie in dem Falle, wo der Uebertragende Eigenthümer wird, verhält es sich dann, wenn der Eigenthümer der von dem Nichteigenthümer übertragenen Sache als Erbe in die Obligation des Letzteren eintritt[10]).

V. Der Empfänger erwirbt die Sache so, wie sie der Tradent hatte, die dinglichen Beschränkungen des Eigenthumes gehen mit über, jedoch nicht auch die obligatorischen Beschränkungen des Tradenten[11]).

VI. Kommt bei der Tradition ein Irrthum vor, so wird dadurch der Uebergang des Eigenthums nur dann gehindert, wenn der Irrthum den animus dominii transferendi oder acquirendi ausschliesst, wie z. B. wenn der Irrthum die Identität des Subjects oder Objects betrifft[12]), oder wenn ein Irrthum über das Eigenthum der Sache vorliegt[13]), nicht aber bei blossem Irrthum bezüglich der Motive[14]).

9) L. 72. de R. V. VI. 1; l. 2. de exc. rei vend. et. trad. XXI. 3; l. 4. §. 32. de doli exc. XLIV. 4.; Michelsen, Diss. de exc. rei vend. et trad. Berolini 1824; Windscheid §. 172. Note 5 ff.; §. 199. Note 12. §. 230. Note 8. vgl. u. §. 150. nr. II. 7. — 10) L. 73. de evict. XXI. 2; l. 1. §. 1. de exc. rei vend. et trad. XXI. 3. f. 14. Cod. de evict. VIII. 44. 45. — 11) S. o. §. 76. nr. II. — 12) L. 43. pr. de acq. rer dom. XLI. 1; l. 2. §. 6. pro emtore XLI. 4. — 13) L. 35. de acq. rer. dom. XLI. 1; l. 3. §. 8. de cond. caus. dat. c. n. s. XII. 4.

14) Iulian. l. 36. de A. R. D. XLI. 1.: „Cum in corpus quidem quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.“ Mit dieser Stelle steht in scheinbarem Wider-

§. 145. Von der Cultur der Ländereien.

Wenn ein Grundstück, namentlich ein zur Agricultur bestimmtes, längere Zeit unbebaut geblieben war und Jemand bewirthschaftete es dann zwei Jahre lang ohne Einspruch des Eigenthümers und bezahlte die Steuern, so erhielt er dadurch das volle Eigenthum. Dieses bestimmten Valentinian, Theod. et Arcad.[1])

§. 146. Von der Ersitzung[1]).

I. Schon die XII Tafeln kannten die *usucapio*, d. h. den Erwerb des civilen Eigenthums an einer dessen fähigen und nicht ausdrücklich von dieser Erwerbsart ausgeschlossenen Sache durch einen iusto titulo und bona fide begonnenen und bei beweglichen Sachen ein Jahr, bei unbeweglichen zwei Jahre lang fortgesetzten juristischen Besitz.

spruche. Ulp. l. 18. pr. de R. C. XII. 1: „Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit, donationem non esse; sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit. Quare si eos consumserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sint consumti.“ Es ist dieses wohl die berühmteste Antinomie im corpus iuris. Vgl. über die zahlreichen Vereinigungsversuche Vangerow, Lehrb. der Pand. §. 311. Anm. 3. S. 573 f. der 7. Aufl. und die dort. Citt. Ihering (in seinen Jahrbb. für die Dogmatik. Bd. 12. [1873] S. 389—398). Es ist das magisque nummos accipientis non fieri dahin zu verstehen, dass das ökonomische Eigenthum, d. h. eine Bereicherung nicht erworben werde. Dadurch ist der streng juristische Eigenthumsübergang nicht ausgeschlossen. Aehnlich ist auch der Ehemann blosser juristischer, aber wegen des Rückforderungsrechtes der Frau nicht auch ökonomischer Eigenthümer der dos. Die l. 36. cit., die in dem Titel „de acquirendo rerum dominio“ enthalten ist, handelt der Inscription dieses Titels gemäss bloss von den rechtlichen Erfordernissen des streng juristischen Eigenthumsüberganges, während der Titel XII. 1: „de rebus creditis“, d. h. von den Fällen handelt, in denen (wie z. B. beim mutuum an den dargeliehenen Fungibilien) zwar auch thatsächlich von dem Empfänger das Eigenthum erworben, aber durch das Rückforderungsrecht des Gebers (z. B. die condictio ex mutuo) öconomisch paralysirt wird. Die Antinomie ist also nur eine scheinbare.

§. 145. 1) L. 8. Cod. de omni agro deserto. XI. 18. a. 393.

§. 146. 1) Gai. II. 42—51; Paul. R. S. V. 2.; Ulp. XIX. 8; Cod. Theod. IV. 13. de longi temp. praescr.; Dig. XLI. 3. de usurp. et usucap.; Inst. II. 6. de usucap. et longi temp. poss.; Cod. VII. 30. communia de usucap.; VII. 31. de usucap. transform.; VII. 33. de praescr. longi temp. X. vel XX. annor.; VII. 34. in quibus causis cessat longi temp. praescr.; VII. 36. quibus non obiicitur longi temp. praescr.; VII. 38. ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis praescript. submoveatur; VII. 39. de praescr. XXX. vel XL. annor. — Libr. x. Gregor. II. 26; in VIto II. 13. de praescript. Zrodlowski, Untersuchungen aus dem Oesterr. Civilr. mit Berücksichtigung des Röm. R. Prag. 1872. S. 1—126.

Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto, sagten die XII Tafeln [2]). Usus auctoritas sind zwei Nominative, wie usus fructus. Usus bezeichnet das factische, auctoritas das rechtliche Moment. Usus auctoritas bezeichnet in den XII Tafeln das plenum dominium ex iure Quiritium, nicht, wie man häufig annahm, die usucapio. Zu den fundi gehörten auch die aedes und zu den ceterae res ausser den beweglichen auch die unkörperlichen Sachen, namentlich die hereditas und die manus. Später wurde aber die usucapio hierbei theils durch Gesetze, theils durch die Jurisprudenz beschränkt. So hob die lex Scribonia auch die usucapio bei Servituten auf [3]). Und nun bezog man die ceterae res der XII Tafeln gerade auf die beweglichen körperlichen Sachen [4]).

II. Usucapionsfähig sind alle Sachen, welche in commercio sind. Von dieser Regel gibt es aber Ausnahmen, welche theils A) auf allgemeinen rechtlichen Principien, theils B) auf besonderen Gesetzesvorschriften beruhen.

A) Aus allgemeinen Grundsätzen sind nicht usucapionsfähig 1. die Sachen, deren Veräusserung gesetzlich verboten ist. So konnten res mancipi einer unter Tutel ihres Agnaten stehenden Frau nach den XII Tafeln nicht usucapirt werden, wenn sie ohne auctoritas des Tutors veräussert waren. Ferner wurden allmählich durch Aufstellung weiterer Veräusserungsverbote von der Ersitzung ausgeschlossen der fundus dotalis, Sachen Bevormundeter, und die Sachen, welche zum peculium adventicium regulare der Hauskinder gehören, oder welche wegen einer zweiten Ehe von dem Parens an die Kinder der ersten Ehe zu Eigenthum fielen. 2) Sachen, an denen kein Besitz statthaft ist, wie Sachgesammtheiten, können desshalb auch nicht usucapirt werden. 3) Von ältester Zeit an waren auch selbstverständlich der Usucapion entzogen die Sachen, welche nicht vindicirt werden können. Dahin gehören auch tigna aedibus iuncta [5]). Es steht hier aber der Usucapion auch noch der Umstand entgegen, dass das tignum iunctum als blosser Theil einer Sache ohne selbstständige Existenz und darum unfähig ist, für sich Gegenstand des Besitzes und des Eigenthums zu sein.

B) Die singulären Usucapionsverbote lassen sich auf zwei Gesichtspunkte zurückführen; nämlich 1. *propter vitium rei* war schon nach den XII Tafeln die usucapio ausgeschlossen bei res furtivae, selbst für Dritte. (Rerum furtivarum aeterna auctoritas esto) [6]). Dieses wurde wiederholt durch ein Plebiscit, die lex Atinia

2) Cic. Top. c. 4.; pro Caec. XIX. 54; Gai. Ulp. l. l. c. c., pr. Inst. h. t. II. 6. — Ueber die Bedeutung jenes Satzes vgl. Umfrid in der Zeitschr. f. Rgsch. B. 9. S. 195 ff.

3) S. u. §. 156. nr. V. — 4) Gai. II. 52. Vgl. auch Burkhard in der Ztschr. f. Rgsch. Bd. 7. Heft 1. — 5) S. o. §. 140. III. S. 309. — 6) Gai. II. 45. 49.

etwa in der Mitte des 6. Jahrhunderts d. St. mit dem Zusatze, dass das vitium von dem Augenblicke an getilgt sein solle, wo die Sache in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekehrt sei[7]). Nach der lex Iulia et Plautia sollen res vi possessae, d. h. gewaltsam occupirte Grundstücke so behandelt werden, wie die res furtivae; ebenso nach der lex Iulia repetundarum die entgegen diesem Gesetze dem praeses provinciae gegebenen Sachen. Selbstverständlich aber auch nach ausdrücklicher Bestimmung der XII Tafeln konnten Sachen eines Römers nicht durch Usucapion an einen Peregrinen übergehen. (Adversus hostem [i. e. peregrinum] aeterna auctoritas esto)[8]). Nicht usucapirt werden konnte ferner nach den XII Tafeln das forum, d. h. der Zugang oder das vestibulum zum Begräbnissplatze, und das bustum, d. h. der Verbrennungsplatz der Leichen[9]), sowie die quinque pedes, d. h. der Grenzraum von 5 Fuss zwischen zwei Grundstücken, auf jeder Seite $2\frac{1}{2}$ Fuss, aber nach neuestem Rechte nur mehr die streitigen Grenzen, während sonst der Grenzraum nun usucapirt werden konnte. Nach Justinian. R.[10]) beginnt auch bei allen Dotalsachen die Verjährung gegenüber der vindicatio oder act. hypothecaria der Frau erst von der Trennung der Ehe oder während der Ehe von der Insolvenz des Mannes an.

2. *Propter privilegium domini* war Staatseigenthum wohl von jeher der Ersitzung durch Privatpersonen entzogen, und dasselbe nahm man dann für den Fiscus des Princeps und für das Privatvermögen des Regenten an[11]); ebenso für die Sachen der Städte, und seit Justinian auch für das unbewegliche Eigenthum der Kirchen und milden Stiftungen.

III. Drei Fälle der usucapio kannte das alte Recht, bei denen nicht einmal bei der Besitzergreifung im Anfange der Usucapion ein iustus titulus und bona fides nothwendig war. Diese sind:

1. Die usucapio pro herede (improba et lucrativa), d. h. wenn Jemand Sachen aus einer noch nicht angetretenen Erbschaft occupirte und auch wohl wusste, dass er nicht Erbe war, so konnte er dennoch durch 1 Jahr lang fortgesetzten Besitz das civile Eigenthum dieser Sachen, ursprünglich sogar die Erbenqualität selbst ersitzen[12]). Man wollte auf diese Weise die Erben nöthigen, schneller anzutreten, damit die Familien-Sacra des Erblassers nicht so lange unbesorgt blieben, und die Gläubiger schneller wüssten, an wen sie sich zu halten hätten. Ein Sen. consultum unter Hadrian

7) Gell. XVII. 7. — 8) Cic. de off. I. 12. — 9) Cic. de leg. II. 24. — 10) L. 30. Cod. de iure dot. V. 12. — 11) Vgl. o. §. 62. S. 141 f.) — 12) Gai. II. 52—58.

(sog. S. C. † Juventianum) erlaubte aber dem wirklichen Erben auch noch nach Ablauf des Jahres die hereditatis petitio zur Wiedererlangung der Sachen anzustellen, und Marc Aurel bestrafte die widerrechtliche Aneignung von Erbschaftssachen als crimen extraordinarium expilatae hereditatis; damit verschwand die alte usucapio pro herede ganz[13]). Seitdem kann eine usucapio pro herede nur in dem Falle vorkommen, wo ein non heres aus einem entschuldbaren faktischen Irrthum Erbe zu sein glaubt[14]), oder auch wenn der wirkliche Erbe eine Sache für eine Erbschaftssache hält, die es in Wirklichkeit nicht ist[15]), welche letztere Ersitzung aber eigentlich unter den titulus pro suo fällt[16]).

2) Die *usu receptio*, d. h. wenn eine Sache pignoris nomine oder depositi causa Jemandem durch mancipatio oder in iure cessio in's Eigenthum übertragen worden war, aber unter dem Nebenvertrage (contractus fiduciae), dieselbe ihrer Zeit zu remancipiren oder zurück in iure zu cediren, so konnte der ursprüngliche Eigenthümer, wenn er die Sache, ohne dass sie ihm remancipirt oder zurück in iure cedirt war, wieder in Besitz erhielt, dieselbe, selbst wenn sie eine Immobilie war, schon in Einem Jahre zurück ersitzen[17]). Jedoch wenn die Pfandschuld noch nicht getilgt war, so fand die usu receptio bloss statt, wenn die Sache nicht precario und nicht durch Miethe in die Hände des Verpfänders zurückgelangt war.

Die Pächter öffentlicher Einkünfte mussten dem aerarium praedibus praediisque, d. h. durch Bürgen und Verpfändung von Grundstücken Caution leisten[18]). Verkaufte nun das röm. Volk ein ihm verpfändetes Grundstück, so hiess der Käufer praediator (sic „appellatur, qui a populo mercatur"), und der ursprüngliche Eigenthümer konnte, wenn er wieder in Besitz des Grundstücks gelangte, durch zweijährige malae fidei possessio usu recipiren (usu receptio ex praediatura)[19]). Beide Fälle von usu receptio sind im späteren Rechte mit der fiducia und dem ius praediatorium weggefallen[20]).

13) L. 1. 2. §. 1. expil. her. XLVII. 19.; l. 3. pro hered. XLI. 5; l. 33. de usurp. XLI. 3; l. 4. Cod. in quib. caus. VII. 34. Vgl. Vering, Röm. Erbr. S. 17 f. 509 ff. — 14) L. 33. §. 1. de usurp. XLI. 3. — 15) L. 3. pro herede XLI. 5. — 16) S. u. nr. V. 2. — 17) Gai. II. 59. 60. — 18) Festus s. v. praes und manceps; Liv. XXII. 66; Varro de L. L. IV. 4. V. 7; Ascon. in Verr. I. 54. 55. — 19) Gai. II. 61. Lex Malac. cap. 63—65.

20) Huschke, Ueber die usucapio pro herede, fiduciae und ex praediatura, in Savigny's Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. XIV. 2. Heft. (1847); Rivier, Ueber die cautio praedib. praediisque. Berlin 1863; besonders aber die instructive, (auch für die ältere römische Lehre von der Stellvertretung in Obligations-Verhältnissen lehrreiche) Abhandlung von Bruns: Zur Geschichte

3. Die *usucapio ex Rutiliana constitutione*, d. h. wenn Jemand von einem Weibe ohne den tutor desselben Sachen kaufte, und den Kaufpreis bezahlte, so konnte er usucapiren; jedoch wurde die usucapio unterbrochen, wenn vor Vollendung derselben der Kaufpreis restituirt wurde[21]). Mit der Weibertutel hörte in der Zeit nach Claudius auch diese Art von usucapio (von der uns sonst nichts Weiteres bekannt ist) auf.

IV. Gegen Ende der Republik kam durch das prätorische Recht der Grundsatz auf, dass, wenn iusto titulo eine bonae fidei possessio an Sachen, wenn diese auch des civilrechtlichen Eigenthums unfähig, aber nicht sonst ausdrücklich der Ersitzung entzogen waren, per longum tempus fortgesetzt worden sei, der longi temporis possessor eine Einrede, die praescriptio longi temporis, gegen eine actio in rem haben solle. Allmählich gewährte der Prätor demjenigen, der per longum tempus die iusto titulo und bona fide erworbene Sache in ununterbrochenem Besitz gehabt hatte, sogar ein förmliches in bonis[22]). Anfangs war das longum tempus nicht näher bestimmt. Durch kaiserl. Constitutionen wurde es aber auf 10 Jahre inter praesentes und 20 Jahre inter absentes festgestellt, d. h. je nachdem der Eigenthümer und der Ersitzende in derselben oder in verschiedenen Provinzen wohnten[23]).

Die longi temporis praescriptio unterschied sich also in Betreff des Objectes wie des Subjectes von der usucapio dadurch, dass die letztere commercium iuris civilis, die erstere nur commercium iuris gentium voraussetzte[24]), also auch an praedia provincialia möglich war, mit Rücksicht auf welche sie sich wohl zuerst bildete. Erst seit einem Rescripte von Antoninus Caracalla war die l. t. pr. auch auf Mobilien anwendbar[25]). Nur darin war die l. t. pr. beschränkter als die usucapio, dass Sachen der Minderjährigen und Pupillen, soweit nicht das Veräusserungsverbot seit der oratio Sept. Severi[26]) entgegenstand, zwar usucapirt, aber nicht durch l. t. pr. erworben werden konnten[27]). Ferner konnte sich auch der Singularsuccessor beim Besitz einer Sache die Zeit, während welcher sein auctor die Sache schon besessen hatte, für seine longi temporis possessio an-

der Cession, in den Symbolae Bethmann-Hollwegio oblatae. Berol. 1868. pag. 25—66.

21) Vatic. fragm §. 1. in f. — 22) Hygin. de condic. agror. Ed. Lachmann p. 116; Gai. VI. 46; Paul. V. 2. §. 3. 4; l. 9. de div. temp. praescr. XLIV. 3; l. 76. §. 1. de contr. emt. XVIII. 1; l. 8. pr. Cod. de praescr. XXX. vel XL. ann. VII. 39. — 23) l. 76. de contr. emt. XVIII. 1. — 24) L. 15. §. 26. 27. de damn. inf. XXXIX. 2; l. un. Cod. VII. h. t. 31. — 25) L. 3. 9. de divers. temp. praescr. XLIV. 3; c. 2. in quib. caus. cessat longi temp. praescr. VII. 34. — 26) S. u. §. 241. nr. V. — 27) L. 3. Cod. quib. non obiic. VII. 35.

rechnen. Dagegen galt bei der usucapio diese Anrechnung der Zeit des Besitzes des auctor (accessio possessionis oder temporis) vor Justinian für den Singularsuccessor nicht, ausser seit einem Rescripte von Severus und Antoninus für den Käufer, mit Rücksicht darauf, dass der Verkäufer ihm wegen Eviction haften muss[28]. (Bei dem Universalsuccessor verstand sie sich stets von selbst.) Ferner wurde die longi temporis praescriptio durch litis contestatio sofort unterbrochen, aber nicht auch die usucapio, sondern bei dieser kam es darauf an, dass der Prozess bis zum Urtheile durchgeführt wurde, indem dann in diesem darauf Rücksicht genommen wurde, dass zur Zeit der litis contestatio die usucapio noch nicht vollendet gewesen war. Endlich, wenn man das Eigenthum einer Sache durch longi temporis praescriptio erwarb, so erwarb man sie, ohne dass sie durch etwaige dingliche Rechte Anderer noch beschränkt war, indem man gegen alle diese die praescriptio temporis hatte; usucapirte man aber eine Sache, so blieben die bisherigen dinglichen Beschränkungen bestehen[29].

V. In der späteren Kaiserzeit hörte der Unterschied zwischen commercium iuris civ. und iuris gentium bei der immer grösseren Ausdehnung des röm. Bürgerrechtes auf, und ebenso nach und nach mehrere acquisitiones civiles, wie die in iure cessio und mancipatio. Justinian verschmolz demgemäss auch die usucapio und longi temporis praescriptio[30], indem er die erstere zu Grunde legte und sie durch Interpolationen nun zum Unterschiede von der älteren usucapio mit den Namen *longo tempore capio* und ähnlichen Ausdrücken bezeichnete und aus der longi temporis praescr. manche Bestimmungen, wie oben schon erwähnt wurde, in jene hinübernahm[31].

Die Erfordernisse dieser sogenannten ordentlichen Verjährung des justinianischen Rechtes sind nun:

Res habilis, *titulus*, *fides*, *possessio*, *tempus;*

d. h. 1. die Sache muss ersitzbar sein. Der Unterschied zwischen italischen und Provincialgrundstücken wurde von Justinian aufgehoben, so dass jetzt für alle Grundstücke gleichmässig dieselbe Ersitzung (von 10 Jahren inter praesentes und 20 Jahren inter absentes)[31a] besteht. Im Uebrigen sind aber die früheren

28) S. §. 13. Inst. de usucap. II. 6; Theophil. ad h. l. — 29) L. 44. §. 5. de usurp. XLI. 3; Cod. VII. 36. Si adversus credit. praescr. oppon. — 30) L. un. Cod. *de usucapione transformanda.* VII. 31. ann. 531., cf. pr. Inst. h. t. II. 6.

31) Unrichtig meinen Arndts, Pand. §. 157. Note 6, Windscheid, Pand. §. 175, im justinian. Rechte gelte für Ersitzung von Mobilien die usucapio, für Ersitzung von Immobilien die longi temporis praescriptio. — 31a) S. u. nr. 5. S. 328 f.

Beschränkungen der Usucapionsfähigkeit der Sachen in Geltung geblieben[32]).

2. Es muss ein *titulus*[33]) vorhanden sein, d. h. ein äusserer Vorgang, welcher die Ueberzeugung von dem rechtmässigen Erwerb bei dem Besitzer begründet. Der titulus muss sein:

a) *iustus*, d. h. an und für sich vollkommen geeignet, die Grundlage für einen Eigenthumserwerb zu bilden, wenn auch im vorliegenden Falle ein Mangel vorhanden ist, wegen dessen das Eigenthum nicht sogleich erworben wird; b) titulus † *verus*, d. h. das Geschäft muss wirklich abgeschlossen oder es müssen wenigstens objective Gründe vorhanden sein, welche dem Besitzer die Meinung beibringen, dass es abgeschlossen sei; nur in diesem letzteren Falle genügt auch ein titulus putativus; c) titulus *purus*, d. h. das betreffende Geschäft darf nicht mehr durch eine Bedingung in suspenso gehalten sein. — Die Quellen erwähnen insbesondere den titulus pro soluto[34]), pro emtore, pro donato, pro herede[35]), pro dote, pro derelicto, pro suo[36]). Der titulus *pro suo* dient als generelle Bezeichnung für die Fälle, wo es an einem technischen Namen für das wirklich abgeschlossene Geschäft fehlt, oder wo Jemand auf einen putativen Titel hin aus entschuldbarem Irrthum die Sache für die seinige hält, z. B. wenn man von einem Minderjährigen, den man für grossjährig hielt, oder von einem Geisteskranken, den man für geistesgesund hielt, kaufte, wo also in Wirklichkeit kein Kauf existirt, oder wenn der procurator, der die Sache für uns kaufen sollte, dieselbe in der That nicht gekauft, sondern sich auf andere Weise für uns verschafft hat, oder wenn wir in der Erbschaft eine Sache vorfinden, die nicht zu derselben gehört[37]).

3. *Fides*, d. h. der Besitzer muss auch subjectiv überzeugt sein, dass er wirklich ex iusta causa, d. h. aus dem vorliegenden titulus (wenn auch nicht gerade Eigenthum so doch) redlich erworben habe; er muss sich also in einem error facti probabilis befinden[38]).

32) Vgl. o. unter nr. II. — 33) Bernhöft, Der Besitztitel im römischen Rechte. Halle 1875. — 34) Bei Haloander und in den Vulgaten bilden l. 46—49. de usurp. et usuc. XLI. 3. den Titel Dig. pro soluto XLI. 4. — 35) S. o. nr. III. S. 323. — 36) Dig. XLI. 4—10. Cod. VII. 28—29. Vgl. über diese Titel Vangerow I. §. 320. — 37) L. 4. §. 2; l. 5. pro suo XL. 10; l. 2. §. 16.; l. 11. pro emtore XLI. 3; l. 3. pro herede XLI. 5. — 38) L. 4. de iur. et fact. ign. XXII. 6; l. 32. §. 2. de usurp. XLI. 3; l. 48. eod.; l. 2. pr.; l. 4. pro emtore XLI. 4. Gegenüber dieser von Möllenthiel (s. u. Note 40) zur Geltung gebrachten Ansicht wird die bona fides auch vielfach bloss negativ aufgefasst als die auf entschuldbaren Irrthum beruhende) Unkenntniss der dem Erwerbe anhaftenden Mäugel. Vgl. überhaupt die u. in Note 40 Citt., Baron, Pand. §. 144; Boecking, Pand. II. 1. §. 147. bes. Note 14; Brinz I. S. 210 (der 1. Aufl.); Savigny, System III. S. 371 ff.; Windscheid, Pand. §. 176—177.

Nach röm. Rechte genügte die bona fides beim Anfang des Besitzes; jedoch bei der usucapio pro emtore sollte schon nach röm. Rechte sowohl beim Abschlusse des Kaufes, wie beim Besitzerwerbe bona fides nöthig sein[39]). Nach canon. Rechte[40]) muss die bona fides aber continua sein, und wird durch jede mala fides superveniens die Ersitzung unterbrochen[41]).

Das Wesen der bona fides besteht nicht nur in dem factischen Glauben an gewisse Umstände, sondern erfordert auch die Entschuldbarkeit dieses Glaubens, und diese Entschuldbarkeit kann nicht auf einen Rechtsirrthum gegründet werden, der vielmehr die bona fides und damit die Ersitzung ausschliesst. L. 31. pr. Dig. de usurp. et usucap. XLI. 3. Diese Frage ist in Veranlassung eines 1861 begonnenen und, nachdem nach einander die Juristen-Facultäten in Göttingen, Halle, Berlin, Tübingen und Giessen vielfach widersprechende Urtheile gefällt, sowie Wächter ein Privat-Gutachten erstattet hatte, 1874 durch Erkenntniss letzter Instanz von der Juristen-Facultät in Rostock beendigten Prozesses Gegenstand der lebhaftesten Controverse geworden. Während Bruns die oben ausgesprochene Ansicht vertritt, Wächter ihre Richtigkeit in allen Punkten bestreitet, erfordert die Rostocker Rechtsfacultät zwar auch die Entschuldbarkeit des guten Glaubens, erachtet aber die Begründung desselben durch Rechtsirrthum auch bei der Ersitzung für zulässig. Das Thatsächliche und Rechtliche des Falles, sowie nähere Nachweisungen geben Wächter, Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums. Leipzig 1871; Derselbe: Der entschuldbare Rechtsirrthum, besonders die Bedeutung der von Rechtsgelehrten einem Laien ertheilten Belehrung über bestehendes Recht. Leipzig 1871; Bruns, Das Wesen der bona fides bei der Ersitzung. Ein prakt. Gutachten mit einem theoretischen Nachtrage. Berlin 1872; Derselbe im Archiv für civilist. Praxis. Band 57. (1874.) S. 275–305.

4. Die possessio muss eine possessio mit dem animus rem sibi habendi, also juristischer Besitz sein[42]).

5. Der Besitz muss nun bei res mobiles 3 Jahre, bei res immobiles wie früher bei der longi temporis praescriptio 10 Jahre inter praesentes und 20 Jahre inter absentes, (d. h. h. z. T. je nachdem die Parteien in demselben Appellationsgerichtsbe-

39) L. 48 cit.; l. 2. pr. pro emtore XLI. 4; l. 7. §§. 16. 17. de Publ. in rem act. VI. 2.

40) Innoc. III. cap. ult. x. de praescr. II. 26. Vgl. Maassen, Beiträge zur Geschichte der jurist. Literatur des Mittelalters. Wien 1857. S. 70 f.; Möllenthiel, Ueber die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung, vorzüglich nach cap. ult. x. de praescr. Erlangen 1820; Stintzing, Das Wesen der bona fides und des titulus in der röm. Usucapionslehre. Heidelberg 1852. und theilweise dagegen Scheurl, Beiträge zur Bearb. d. röm. R. II. 1. Erlangen 1854. S. 29—86.; Schirmer, Die Grundideen d Usucapion im röm R. Berl. 1855.

41) Vgl. o. §. 118. nr. III. 2. S. 239 f. Die mala fides der Erben gilt daher gleich einer superveniens des Erblassers, während sie nach römischem Recht unschädlich ist, da die Erben einfach die bona fide begonnene Usucapion des Erblassers fortsetzen. Vgl. u. §. 247.

42) L. 22. de usurp. XLI, 3; l. 13. pr. eod.

zirke wohnen oder nicht) ununterbrochen gedauert haben. Bei theilweiser praesentia und theilweiser absentia werden zwei Jahre der absentia gleich *einem* Jahre der praesentia gerechnet[43]). Aber die *accessio possessionis*[44]) gilt im justinianischen Rechte überhaupt bei der Ersitzung.

Die Usucapionsfrist ist *tempus continuum*[45]). In den späteren Zeiten gewährte man jedoch zur Beseitigung auffallender Unbilligkeiten, wie z. B. wenn der Eigenthümer wegen Abwesenheit die Usucapion der Sache durch einen Andern nicht hatte verhindern können, eine in integr. restitutio. Auch Minderjährige erhielten durch eine in int. rest. Abhülfe gegen eine Usucapion ihrer Sachen[46]). Justinian verordnete aber, dass ein Zeitablauf, gegen welchen seither dem *minor* eine in int. rest. ertheilt worden sei (also mit Ausnahme der 30 und mehrjährigen Fristen)[47]) ipso iure und ohne dass er erst einer restitutio bedürfe, wirkungslos sein solle[48]). In Folge dessen wird also a) einem Minderjährigen gegenüber für die Usucapion von Sachen desselben die Zeit seiner Minderjährigkeit nicht mehr angerechnet *(praescriptio dormiens sive quiescens)*. Ebenso tritt ein Stillstand der Verjährung ein, b) wenn die Sache in das Eigenthum anderer in Betreff der Verjährung privilegirter Personen (Fiscus, Regent, Kirchen und milde Stiftungen)[49]) kommt. Wenn dagegen die Sache eine Eigenschaft annimmt, wegen welcher sie der ordentlichen Verjährung entzogen würde (wie z. B. wenn sie in das peculium adventicium regulare eines Hauskindes, also unter ein Veräusserungsverbot fällt)[50]), so wird dadurch der Fortlauf der schon begonnenen Verjährung nicht gehindert[51]), es sei denn, dass durch das entstandene vitium rei zugleich eine Besitzunterbrechung[52]) herbeigeführt, z. B. die Sache zur furtiva oder vi possessa würde. c) Ferner ruht die Usucapion, so lange sich der Klage des Eigenthümers ein *impedimentum iuris* entgegenstellt; z. B. während der drei Monate, die dem cum beneficio inventarii antretenden Erben zur Errichtung eines Inventars vergönnt sind[53]). d) Nach canonischem Rechte ruht die Verjährung auch während einer feindlichen Occupation *(tempus hostilitatis)*[54]), und e) ruht die Ersitzung gegen die Kirche so lange, als der Kirchenvorsteher, der widerrechtlich Kirchengüter veräusserte, im Amte ist[55]).

43) Nov. 119. c. 8.; §. 12. Inst. de usucap. II. 6. — 44) S. o. nr. IV. S. 326. — 45) L. 31. §. 1. de usurp. XLI. 3. — 46) L. un. Cod. si adv. usuc. II. 36. — 47) S. u. nr. VII. — 48) L. 5. Cod. in quib. caus. in int. rest. necessaria non est II. 41. — 49) S. o. nr. II. S. 323. — 50) S. o. nr. II. S. 322. — 51) L. 16. de fundo dot. XXIII. 5. — 52) S. weiter unten. — 53) L. 2. §. 11. Cod. de iure delib. VI. 30. — 54) c. 28. Caus. 16. q. 3; c. 10. x. de praescr. II. 26. — 55) c. 10. Caus. 16. qu. 3.

VI. Eine Unterbrechung der Ersitzung tritt ein a) dadurch, dass die Sache die Fähigkeit verliert, Gegenstand des Eigenthums und des jurist. Besitzes zu sein, und auf diese, oder auf irgendwelche andere Weise ein Verlust des Besitzes eintritt. In solchen Fällen erfolgt eine sog. *usurpatio* † *naturalis*, d. h. eine absolut, Jedem gegenüber wirkende Unterbrechung der Verjährung[56]). Erwirbt man später den Besitz wieder, so beginnt man eine neue Verjährung, bei welcher man jedoch den früheren Titel zu Grunde legen kann[57]). Wenn der Besitzer einer Sache in Kriegsgefangenschaft gerieth, so musste man unterscheiden, ob er den Besitz unmittelbar, oder ob er ihn durch einen Stellvertreter ausübte (sei dieser ein Sclave oder filius familias oder ein unabhängiger Stellvertreter, wie z. B. der Inhaber einer geliehenen Sache oder ein Verwalter); die auf unmittelbarem Besitze beruhende usucapio wurde mit Eintritt der Kriegsgefangenschaft ipso facto verloren, so dass sie weder durch das Heimkehrrecht, noch in Folge des Cornelischen Rechtes[58]) wiederhergestellt werden konnte[59]). Der durch Stellvertreter ausgeübte Besitz beruht aber dem factum nach auf dem Stellvertreter, und konnte desshalb nicht ipso facto durch Kriegsgefangenschaft des Principals untergehen, sondern er hörte nur dadurch auf, dass mit der Kriegsgefangenschaft das Rechtssubject selbst zu existiren aufhörte. In Folge des postliminium oder der fictio legis Corneliae liessen nun die Juristen bei den von Sclaven (und ähnlich also auch bei den von anderen Stellvertretern) beim Eintritt der Kriegsgefangenschaft bereits besessenen Sachen den Ersitzungsbesitz fortlaufen. Auch stimmten die Juristen darin überein, dass bei der Heimkehr des Herrn demselben an dem während seiner Abwesenheit inzwischen von dem Sclaven Erworbenen die usucapio für die Zwischenzeit rückwärts angerechnet werde. Für diesen letzteren Fall dagegen wollte Julian und mit ihm Tryphonin[60]) keine so weite Ausdehnung der *fictio legis Corneliae* zulassen, dass dadurch auch dem Erben an dem während der Kriegsgefangenschaft des Herrn vom Sclaven Erworbenen die Usucapion der Zwischenzeit zu Gute käme; Marcellus wollte aber mit mehr Consequenz auch für diesen Fall die fictio legis Corneliae eben so gut zur Anwendung bringen, wie die Fiction, die in dem Heimkehrsrecht liegt, hier zugelassen wurde[61]).

56) L. 2. l. 5. de usurp. XLI. 3; s. o. §. 118. S. 239 f. — 57) L. 15. §. 2. h. t.; l. 7. §. 4. pro emt. XLI. 4. — 58) S. o. §. 44. nr. I. S. 96. — 59) L. 19. pr. ex quibus caus. mai. IV. 6; l. 23. §. 1. eod.; l. 12. §. 2. de capt. XLIX. 15. — 60) L. 12. §. 2. de capt. XLIX. 15.

61) Vgl. l. 12. §. 2. cit.; Paul. l. 15. de usurp. XLI. 3. M. s. auch Un-

b) Im alten Civilrecht gab es in Bezug auf praedia rustica[62]) eine zwar nicht den Besitz, wohl aber die Usucapion unterbrechende † *civilis usurpatio*, d. h. bloss gegenüber dem Eigenthümer die Ersitzung unterbrechende und dem Eigenthümer die Eigenthumsklage sichernde, nicht aber auch Dritten gegenüber die Usucapion unterbrechende *usurpatio*, welche der Eigenthümer, aber nur dieser, dadurch bewirken konnte, dass er, natürlich unter Zuziehung von Zeugen und wahrscheinlich auch unter Hersagen solenner Wortformeln einen Zweig abbrach[63]). Hierauf beziehen sich die actiones de usurpationibus des Appius Claudius Centimanus[64]). Wahrscheinlich konnte ähnlich auch die Usucapion eines städtischen Grundstücks oder wohl auch beweglicher Sachen dadurch unterbrochen werden, dass der Eigenthümer vor Zeugen und unter Betretung oder Ergreifung der Sache seinen Widerspruch gegen die Usucapion erklärte[65]). Im justinian. Recht sind diese Arten von civilis usurpatio völlig verschwunden. An ihre Stelle setzte Justinian die Protestation[66]). Nämlich in den Fällen, wo aus besonderen Gründen die Belangung des Gegners unthunlich ist[67]), kann der durch die Verjährung Bedrohte die nachtheiligen Wirkungen derselben abwenden durch Ueberreichung einer förmlichen Verwahrung an den praeses provinciae oder die bürgerliche oder geistliche Ortsobrigkeit (ad locorum episcopum vel defensorem civitatis) oder durch öffentlichen Anschlag einer von einem Notar oder von drei tüchtigen Zeugen unterschriebenen Urkunde am Wohnorte des Gegners. Die Protestation ist also nur ein Surrogat der

c) Prozesserhebung. Diese und die ihr gleich wirkende Protestation begreifen die Neueren unter dem Namen *usurpatio* † *civilis*, und diese hat wie die alte usurp. civilis nur eine relative Wirkung. In beiden Fällen wird nur für den die Klage oder den Protest Erhebenden die Verjährung seiner Klagen unterbrochen, nicht auch die Usucapion selbst gestört; es wird nur später das Urtheil im Eigenthumsprozesse so gefällt, wie wenn es zur Zeit der Litiscontestation[68]) resp. der Protesterhebung gefällt wäre.

d) Das canonische Recht[69]) führte noch eine usurpatio † natu-

terholzner, Verjährungslehre. 2. Aufl. von Schirmer. Leipzig 1858. Bd. I. §. 135. und die dort Citt.

62) S. o. §. 69. S. 146. — 63) Cic. de orat. III. 28. §. 110: „ut ex iure civili surculo defringendo usurpare videantur." Huschke in Ztschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. II. 142 ff. — 64) Cf. l. 2. §. 36. de O. I. I. 2. — 65) Vgl. l. 13. pro emt. XLI. 4. — 66) L. 2. Cod. de annali except. Ital. contr. VII. 40; vgl. unten §. 203. nr. 10. Anmerkung. — 67) S. o. §. 118. nr. III. 2. S. 239 f. — 68) S. o. §. 124. S. 261. — 69) C. ult. x. de praescr. II. 26.

ralis durch *mala fides superveniens* ein, d. h. der Usucapionsbesitz geht für und gegen Alle verloren, sobald der Besitzer das sichere Bewusstsein erlangt, dass die Sache eine fremde ist. In Folge dessen nützt dem Erben auch die successio in die bonae fidei possessio des Erblassers nicht mehr, wenn er selbst weiss, dass es eine fremde Sache ist.

VII. Die Wirkung der Ersitzung ist im just. Rechte, wie früher bei der usucapio, der Uebergang des Eigenthums auf den neuen Erwerber, so wie es, vielleicht mit dinglichen Beschränkungen, z. B. darauf ruhenden Pfandrechten, bei dem früheren Eigenthümer war[70]). Wenn aber mit der ordentlichen Eigenthums-Verjährung keineswegs die auf der Sache haftenden Pfandrechte erlöschen, so kann darum doch jeder gutgläubige Besitzer, der von den Pfandrechten u. dgl. nichts weiss, eine praescriptio X vel XX annorum gegen die Pfandklage eines Creditors gebrauchen[71]); nur fällt diese bei beweglichen wie unbeweglichen Sachen gleichmässig 10-, resp. 20jährigen Besitz voraussetzende Verjährung nicht mit der Eigenthumsersitzung zusammen und beginnt sie nicht schon immer vom Augenblick des Besitzerwerbs, sondern erst mit dem Anfang des Pfandrechts[72]).

VIII. Für den Fall, dass die Sache zwar nicht aus allgemeinen Gründen, aber wegen singulärer Rechtsvorschrift nicht usucapionsfähig, oder dass der Besitzer zwar subjectiv in bona fide ist, aber keinen iustus titulus geltend machen kann, gestattete Justinian[73]) auch eine ausserordentliche Ersitzung[74]) durch fortgesetzten Besitz während 30 Jahren *(† praescriptio longissimi temporis)*. Die Grundlage dieser ausserordentlichen Ersitzung bildet die 30jährige Klagenverjährung (praescriptio XXX annorum), welche seit Theodos. II. den bis dahin unverjährbaren Klagen, also auch der Eigenthumsklage entgegengestellt werden kann[75]). Gegenüber denjenigen Personen, gegen welche die Klagenverjährung erst in 40 Jahren vollendet wird (wie z. B. gegenüber den Kirchen in Betreff der unbeweglichen Sachen), hat daher auch die ausserordentliche Usucapion diese längere Dauer.

70) L. 44. §. 5. de usurp. XLI. 3; l. 1. §. 2. de pignor. et hyp. XX. 1. — 71) Vgl. Cod. VII. 36. si advers. creditorem praescriptio opponatur. — 72) L. 8. pr. §. 1. Cod. de praescr. XXX. vel XL. ann. VII. 39. — 73) L. 8. Cod. de praescriptione XXX. vel. XL. annorum. VII. 39.

74) Auch von *res furtivae*, aber nicht von *res publicae*. Cf. Arndts Pandekten §. 164. Anm. 4. Der Art. 209. der Const. crim. Carol. bezieht sich nur auf die ordentliche Ersitzung.

75) S. o. §. 118. III. S. 239.

§. 147. Der Fruchterwerb [1]).

I. Der Eigenthümer erwirbt ipso iure ein besonderes Eigenthum an den Früchten durch Abtrennung derselben von der fruchttragenden Hauptsache *(separatio)*. Ebenso erwirbt der Emphyteuta, der Vasall und der Beneficiat (d. h. der Geistliche von seinen Pfründegütern) das Eigenthum der Früchte durch separatio. Derjenige, welcher nicht bloss zur Zeit der Besitzergreifung der fruchttragenden Hauptsache, sondern auch zur Zeit des Fruchterwerbs die bonae fidei possessio hat, erwirbt (sogar bei usucapionsunfähigen Sachen) die von der fruchttragenden Hauptsache auf irgend welche Weise, von ihm selbst oder einem Anderen abgetrennten Früchte [2]) (bei der auf Rechtsirrthum beruhenden bonae fidei possessio freilich bloss die fructus industriales als Ersatz für den aufgewandten Fleiss) [3]) in der Weise zu Eigenthum, dass er die bis zur litis contestatio consumirten Früchte nicht mehr zu restituiren braucht [4]). Der bonae fidei possessor erwirbt das Eigenthum der Früchte so, dass keine condictio des dominus wegen der consumirten Früchte zulässig ist; er consumirt die fructus als suos [5]), aber das Eigenthum an den fructus exstantes erlischt in dem Momente, wo er zu restituiren hat [6]), d. h. im Momente der Litiscontestation. Von einer Ersitzung (durch dreijährige bonae fidei possessio) der fructus exstantes kann keine Rede sein [7]): sie wäre widersinnig für die Zeit, wo der gutgläubige Besitzer der fruchttragenden Sache Eigenthümer der Früchte war, und jetzt nach der Litiscontestation kann auch keine solche mehr beginnen. Soweit aber der bonae fidei possessor nicht durch die fructus consumti für seine Impensen (pro

§. 147. 1) I) §. 35. Inst. de rer. div. II. 1; l. 13. quib. mod. ususfr. VII. 4; l. 48. de acq. rer. dom. XLI. 1; l. 4. §. 15. de usurp. XLI. 3; l. 25. §. 1. de usuris XXII. 1; l. 28. eod. cf. §. 33. Inst. de rer. div. II. 1; l. 45. §. 1. de usur. XXII. 1; Vangerow §. 326.; Janke, Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers. Erlangen 1862.; Göppert, Ueber die organischen Erzeugnisse. Halle 1869. S. 227—344; Koeppen, Der Fruchterwerb des bonae fidei possessor. Jena 1872. — II) Paul. l. 13. quib. mod. ususfr. VII. 4; Ulp. l. 6. de donat. XXXIX. 5; §. 36. Inst. de rer. div. II. 1; Vangerow §. 312.

2) L. 25. §. 1. de usurp. XXII. 1. — 3) L. 45. §. 1. de usurp. XLI. 3.

4) Nicht bloss erlangt er, wie Savigny, Besitz §. 22 a, Windscheid, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IV. S. 55 ff. u. Pand. §. 186, Göppert a. a. O. S. 320 wollen, gutgläubigen Besitz. — Vgl. über die scheinbar dafür sprechenden Quellenstellen Ihering in seinen Jahrbb. XII. (1873.). S. 314—333 und Köppen a. a. O. S. 80 Note 181 a.

5) L. 25. §. 1. cit. — 6) Vgl. Köppen a. a. O. S. 45 ff. — 7) L. 4. §. 19. de usurp. XLI. 3. Vgl. Vangerow I. §. 326. Anm. 2. nr. 2. c. Anderer Meinung ist (mit Marezoll) Windscheid, Pand. §. 186. Note 14.

cultura et cura) Ersatz erhielt, muss ihm der Eigenthümer diese ersetzen[8]).

II. Wenn Jemand sonst durch ein dingliches oder obligatorisches Rechtsverhältniss die Befugniss erhält, von einer fremden Sache die Früchte zu ziehen, wie der Usufructuar[9]), der Pfandgläubiger im Falle eines pactum antichreticum oder einer antichresis tacita[10]) und der Pächter, so erwirbt dieser das Eigenthum der Früchte erst durch deren *perceptio*, d. h. deren Besitzergreifung.

§. 148. Von der accessio[1]).

I. Dieser Erwerb des Eigenthums geschieht dadurch, dass eine fremde Sache in feste physische Cohaerenz mit der unserigen tritt, und die unserige als die Haupt- und die fremde als die Nebensache erscheint (res accessoria sequitur rem principalem).

II. Ob die accessio fortuito casu oder durch absichtliche Hinzufügung geschehen ist, hat nur einen Einfluss auf die Entschädigungsfrage, nicht auf den Eigenthumserwerb.

III. Das Verhältniss von Haupt- und Nebensache bestimmt sich nicht gerade durch den grösseren pecuniären Werth, sondern als Hauptsache erscheint erstens diejenige, welche Grundbedingung für die andere ist, wie z. B. der Grund und Boden für das Gebäude; zweitens die Sache, für deren Zweck die andere bloss dienen soll, z. B. beim Messer ist immer die Klinge die Hauptsache, mag das Heft auch noch so kostbar sein; oder drittens eventuell erscheint als die Hauptsache diejenige, welche die grössere Masse bildet.

IV. Ist die Verbindung aber ohne Beschädigung der Sachen auflösbar, so hat der Eigenthümer der res accessoria die actio ad exhibendum auf Lostrennung und, nachdem diese geschehen, die rei vindicatio[2]).

V. Der Eigenthumserwerb per accessionem geschieht:

a) Wenn Unbewegliches zu Unbeweglichem hinzutritt. Dies geschieht durch Naturereignisse bei Flüssen, nämlich 1. *per alluvionem*, d. h. der Uferbesitzer erwirbt das allmählich an das Ufer sich anschwemmende oder durch Zurücktreten des Flusses hinzutretende Land; 2. *per* † *avulsionem*, d. h. das von einer Stelle sich lostrennende Erdreich fällt dem Uferbesitzer zu, an dessen Land

8) L. 25. §. 1. de usurp. XLI. 3. §. 35. Inst. de R. D. II. 1. — 9) S. u. §. 154. II. — 10) S. u. §. 176.

§. 148. 1) §. 18—23. 29. 33. Inst. de rer. div. II. 1; vgl. o. §. 74 am E. S. 156. Arndts in den Krit. Jahrb. XII. 818 ff., Pand. §. 152 ff.; Bechmann, Zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession. Kiel 1867; Göppert, oben zu §. 73 cit. — 2) S. u. §. 150. nr. II.

es sich so ansetzt, dass die Pflanzen und Bäume von dem einen Erdreich in das andere Wurzel schlagen[3]; 3. *per alveum derelictum*, d. h. wenn ein öffentlicher Fluss sein Bett verlässt, so rücken die beiderseitigen Uferbesitzer in gerader Linie je bis in die Mitte des Flussbettes mit ihrem Grundeigenthum vor[4]); 4. *per insulam in flumine publico natam*, d. h. die in einem öffentlichen Flusse durch Emporheben des Flussbettes über dem Wasserspiegel sich bildende Insel fällt, so weit sie in der einen Hälfte des Flussbettes liegt, an die Ufereigenthümer dieser Seite, und so weit sie in die andere Halbseite des Flusses fällt, an die Uferbesitzer dieser andern Seite[5]). Nach einem gemeinen deutschen Gewohnheitsrechte (welches schon durch Urtheil der Reichsschöffen, d. h. durch Urtheil eines vom Kaiser gehegten Gerichtes vom J. 1273 kund gemacht wurde) fallen jetzt aber insulae in flumine publico natae an den Fiscus.

Die genannten vier Accessionen traten nach röm. Recht ursprünglich nur bei dem *ager arcifinius* ein, nicht aber (nach Anordnung von Divus Pius) bei dem *ager limitatus*[6]). Unter letzterem verstand man das Land, welches unter Autorität des Staates künstlich festgestellte, in Katasterlisten und Karten verzeichnete unverrückbare Grenzen erhalten hatte. Dieses war der Fall mit dem ager bei allen Colonien und Staatsassignationen. Die besondere Bestimmung bei dem ager limitatus war nur die, dass im Falle der insula in flumine publico nata die neue Insel und beim alveus derelictus das alte Flussbett dem Occupanten zufielen und nicht dem Anlieger[7]). Ager arcifinius nannten die Römer dagegen das Land, welches nicht die geraden unter öffentlicher Auctorität abgesteckten Grenzen erhalten hatte, sondern unregelmässige aus früherer Zeit überlieferte oder später durch Privatdisposition gesetzte natürliche oder künstliche Grenzen hatte[8]). Schon vor Justinian war

3) L. 7. de acq. rer. dom. XLI. 1.

4) Gai. l. 7. de A. R. D. cit. Vgl. §. 23. 24. Inst. de R. D. II. 1. Die Weglassung der Worte in §. 23.: cuius tamen totum agrum rel. und namentlich auch der Schlussworte: sed vix est, ut id obtineat — deuten darauf hin, dass in l. 7. §. 5. i. f. ein Fall angedeutet werden soll, der so leicht nicht vorkommen werde, und nicht mit jenen Worten: vix est. rel. gleichsam Billigkeitshalber eine Ausnahme von dem Rechte des alveus derelictus statuirt werden soll. — Ein alveus derelictus ist aber nicht mit dem blossen Austreten des Flusses (inundatio), mit einer blossen Ueberschwemmung zu verwechseln l. 7. §. 6. de A. R. D. cit.; l. 30. §. 3. eod.

5) L. 7. §. 1. 2. 5; l. 38. l. 30. §. 2. 3. de acq. rer. dom. XLI. 1; §. 20—24. Inst. de rer. div. II. 1. — 6) L. 1. §. 6. D. de flum. XLIII. 12; l. 16. de acq. rer. dom. cit. — 7) Agg. Urb. ad. Frontin. p. 169. ed. Lachmann.

8) Frontin. p. 1. 5 sq. 24. 41 sqq. 24. Agg. Urb. p. 72. Hygin p. 178 sq.

allmählich der Unterschied zwischen agri limitati und arcifinii weggefallen und nur die letztere Art von Land übrig geblieben, so dass zu Justinian's Zeit die Alluvion u. s. w. bei allen Arten von Grundstücken galt[9]).

b) Bewegliches tritt zu Unbeweglichem hinzu. Dies ist der Fall bei der satio (Säen), plantatio, † inaedificatio, indem die Grundeigenthümer Eigenthümer der Saat, der auf dem Grund und Boden an's Tageslicht getretenen und einerlei von wem immer eingepflanzten Pflanzen und Bäume, sowie der darauf errichteten Gebäude werden[10]).

c) Bewegliches wird vereinigt mit Beweglichem. Dieses geschieht 1. so oft zwei bewegliche Sachen verschiedener Eigenthümer durch irgend eine menschliche Thätigkeit zusammengefügt werden (alle Arten von adiunctio). Insbesondere erwähnen die Quellen hier das Zusammenlöthen (adplumbatio) als Beispiel für alle Arten künstlicher Befestigung, wodurch res compositae entstehen, und im Gegensatz davon das Zusammenschmieden (adferruminatio)[11]).

2. Nach röm. Recht zieht das Eigenthum am Papier oder Pergament auch das an den darauf geschriebenen Buchstaben nach sich[12]). In Bezug auf Gemälde waren die Ansichten der älteren Juristen verschieden. Justinian entschied sich für die Meinung, dass dem Maler das Eigenthum des Bildes zustehe, welches auf einer fremden tabula gemalt sei. Jedoch muss der Eigenthümer der tabula entschädigt werden, sonst kann dieser eine rei vindicatio utilis auf Herausgabe des Bildes anstellen[13]).

3. Die klassischen Juristen betrachten auch die partus ancillae als accessio, nicht wie die Thierjungen als Früchte, während man zu Cicero's Zeiten noch darüber gestritten hatte, ob sie fructus seien oder nicht.

§. 149. Die confusio und commixtio[1]).

Die Römer gebrauchten diese beiden Ausdrücke promiscue. Wir bezeichnen durch confusio die Vereinigung flüssiger oder flüssig-

204. Boeth. p. 414. in Lachmann. Gromat. Isid. XV. 13.; Puchta Inst. II. §. 242. cf. Boecking, Pand. I. p. 34* ff.; Rudorff, Grom. Instit. II. p. 250 f. 452 ff.

9) L. 3. Cod. de alluv. V. 41. — 10) §. 29. Inst. de rer. div. II. 1; §. 31. 32. eod.; l. 7. §. 10 sq. de acq. rer. dom. XLI. 1. Vgl. Vangerow I. §. 329. — 11) L. 23. §. 25. de R. V. VI. 1; Göppert, Ueber die Bedeutung von ferruminare und adplumbare in den Pandekten. Breslau 1869. — 12) §. 33. Inst. de rer. div. II. 1. — 13) §. 34. Inst. de rer. div. II. 1. cf. Gai. II. 38; l. 9. §. 1. de acq. rer. dom. XLI. 1; l. 23. §. 3. de R. V. VI. 1.

§. 149. 1) §. 23. 28. de rer. divisione. II. 1.

gemachter Stoffe, die sich durchdringen, und durch commixtio die Durcheinandermengung trockner Körper, die keine individuelle Erkennbarkeit haben. Ist die confusio von Flüssigkeiten verschiedener Eigenthümer communi consensu oder fortuito casu erfolgt, so entsteht (erstenfalls schon per mutuam traditionem) ein † condominium pro indiviso, nach dem Massstabe des Werthes der zusammengegossenen Flüssigkeiten. Hat einer der beiden Interessenten ohne Einwilligung des Andern die confusio vorgenommen, so liegt entweder eine specificatio vor, oder wenn dieses nicht der Fall ist, so entsteht wiederum † condominium pro indiviso. Wenn eine commixtio communi consensu von mehreren Eigenthümern geschieht, so entsteht ebenfalls † condominium pro indiviso per mutuam traditionem. Geschieht aber die commixtio durch einseitigen Willen oder fortuito casu, so entsteht dadurch gar kein Eigenthumswechsel, sondern es hat der Richter ex aequo et bono dem Vindicanten einen dem Eigenthum desselben entsprechenden Theil auszuscheiden. Nur an fremden Geldstücken soll der Empfänger, wenn er sie mit seinen eigenen bis zur Unmöglichkeit der Ausscheidung vermischt hat, wie wenn er sie consumirt hätte, Eigenthum erwerben[2]), und alles Uebrige mit persönlichen Klagen abgemacht werden.

§. 150. Die Rechtsmittel des Eigenthümers.

I. Als dingliche Klagen hat der Eigenthümer gegen den, der das Eigenthumsrecht im Ganzen angreift, gegen den besitzenden Nichteigenthümer (wegen Vorenthaltung), die *rei vindicatio*, und zur Abwehr gegen den, der einzelne Eigenthumsbefugnisse negirt, (gegen Eingriffe) die *actio negatoria*.

Der Eigenthümer braucht übrigens gegen einen unberechtigten Besitzer seiner Sache nicht immer die rei vindicatio anzustellen, sondern kann nach Verschiedenheit der Fälle auch leichter die actio Publiciana[1]), oder possessorische Interdicte[2]), oder auch die exceptio dominii[3]), oder passende Contractsklagen, z. B. die actio depositi, commodati, locati, die Theilungsklagen[4]), oder die actio ad exhibendum[5]), oder Delictsklagen[6]) anwenden. Von der *cautio damni infecti nomine*[7]) und den Fällen der erlaubten Selbsthülfe[8]) des Eigenthümers war bereits die Rede.

2) L. 78. de solut. XLVI. 3.

§. 150. 1) S. u. nr. III. — 2) S. u. nr. VII. VIII. — 3) S. u. nr. II. 7. — 4) S. u. nr. V. VI. — 5) S. o. §. 140. nr. III. S. 309. — 6) S. u. §. 208 ff. — 7) Vgl. o. S. 306. — 8) S. o. §. 103.

II. 1. Die *rei vindicatio*, in den Quellen gewöhnlich in rem actio oder specialis in rem actio genannt, ist die dingliche Klage, die der nicht besitzende Eigenthümer[9]) (ursprünglich nur der quiritarische, später auch der bonitarische Eigenthümer) gegen den besitzenden Nichteigenthümer anstellt, um die Anerkennung seines Eigenthums und die Verurtheilung zur Herausgabe der Sache cum omni causa, d. h. mit allen Accessionen und Früchten zu erzwingen[10]). Ueber den Umfang der Verurtheilung bei der Eigenthumsklage vgl. o. §. 124. nr. II. 2[b].

Nach deutschem Rechte ist die Vindication von Mobilien, mit Ausnahme von gestohlenen oder verlorenen Sachen, unzulässig, indem nach deutscher Ansicht der Verlust des juristischen Besitzes an Mobilien Verlust des Eigenthums daran nach sich zieht. Man muss sich daher nach deutscher Ansicht mit einer Contractsklage an die ungetreue Hand halten, der man die Mobilie anvertraut hatte („Hand muss Hand wahren." „Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muss man ihn wieder holen"), und kann die Mobilie nicht aus den Händen des Dritten vindiciren. Dieser altdeutsche Satz hat sich particularrechtlich im französischen Rechte noch erhalten, und im Preuss. Landrechte sind dadurch die röm. Bestimmungen über die Vindication von Mobilien dahin modificirt, dass nur der unredliche oder verdächtige Besitzer die vindicirte Sache unentgeltlich zurückgeben muss, der redliche Besitzer nur gegen Erstattung des Kaufpreises. Und im deutschen Handelsgesetz-Buch Art. 300. 307., wie auch schon nach Preuss. Landr. und Oesterr. Civil-Ges.-Buch, hat sich jener altdeutsche Satz darin erhalten, dass wenn Waaren oder andere bewegliche Sachen, ausser Inhaberpapieren und gestohlenen oder verlorenen Sachen, von einem Kaufmanne in dessen Handelsbetriebe veräussert und übergeben worden sind, der redliche Erwerber das Eigenthum erlangt, auch wenn der Veräusserer nicht Eigenthümer war.

2. Bei den Römern geschah die *rei vindicatio* ursprünglich in der Form der *legis actio per sacramentum*[11]). Es begann der Prozess

9) Die Institutionen behaupten (§. 2. in fine Inst. de action. IV. 6.) Einen Ausnahmefall, in welchem auch der besitzende Eigenthümer klagen könne (sog. „unus casus"), und dessen Erörterung in den Pandekten erfolgen solle, in denselben aber bisher nicht aufgefunden, auch wohl gar nicht darin enthalten ist. („Sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.") Wahrscheinlich ist an den juristischen Besitzer gedacht, der auf die Herausgabe der in seinem Namen detinirten Sache klagt. Cf. l. 7. pr. Dig. quemadm. ususfr. caveat VII. 9. Die Literatur vgl. bei Vangerow, Pand. I. §. 332. Anm. 3. am Ende S. 651 ff. Als neuesten Beitrag zur Lösung des Räthsels bringt Förster, Theorie u. Praxis d. heut. gem. preuss. Pr. R. 3. Aufl. (1874) III. §. 180. Note 29. die l. 27. Dig. de solut. et liber. XLVI. 3. in Vorschlag.

10) Dig. VI. 1. Cod. III. 32. De rei vindicatione; Gai. IV. 3. 16. 17. 91—96; §. 15. Inst. de act. IV. 6. — 11) S. o. §. 119. S. 241; Gai. IV. 16; Ascon. in Verr. II. 1. 45. p. 191. ed. Orelli; Walter, Röm. Rchtsg. II. §. 712; Rein, Röm. Privatr. 2. Aufl. S. 895 ff. und die dort Citt.

hier in der Form eines Kampfes um die Sache. Wenn die Sache eine bewegliche war, wurde diese selbst vor Gericht gebracht. Vor Gericht wurde dann die Streitsache *(vindiciae)*[11a]) von beiden streitenden Parteien als Eigenthum angesprochen unter Auflegung der Hand (was in den XII Tafeln: *in iure manum conserere* hiess)[12]), und indem Jeder zum Zeichen seines Rechtes die Sache zum Symbole des Kampfes mit einem Stabe (festuca, vindicta) berührte. Darauf wurde Beiden vom Prätor befohlen, die Sache loszulassen, und dann in der gewöhnlichen Form des sacramentum eine Wette eingegangen und weiter verhandelt, inzwischen aber Einem von Beiden nach dem Gutdünken des Prätors gegen Bürgschaft der Besitz zuerkannt (*vindicias dicere* hiess dieses)[13]). Wenn der Streit ein Grundstück betraf, so begab sich in der ältesten Zeit der Magistrat selbst mit den Parteien an Ort und Stelle, und es wurde dann dort der scheinbare Kampf und die vorläufige Besitzregelung vorgenommen. Später forderten sich bloss noch die Parteien vor Gericht zu dem Grundstück hin *(ex iure manum consertum vocare)*[14]), vollzogen dort vor Zeugen *(superstites)*[14a]) den symbolischen Kampf, und nahmen eine Erdscholle mit *(vindicias sumere)*[15]), an welcher vor dem Gericht die Vindication stattfand. Allmählich kam die noch bequemere Form in Gebrauch, dass die Parteien schon bevor sie vor Gericht gingen, sich zu dem Grundstücke begaben und dort den Kampf vollzogen, indem die eine Partei mit scheinbarer Gewalt die andere von dem Grundstücke hinwegführte. Dieses war die *deductio quae moribus fit, ex conventu vim fieri*[16]). Die Parteien verbürgten zugleich ihr nachheriges Erscheinen vor dem Prätor, und vor diesem forderten sie sich bloss noch zum Schein auf, zu dem Grundstücke zu gehen, und befahl ihnen der Prätor dieses darauf auch bloss noch zum Schein, indem er sie, wenn sie einige Schritte gegangen waren, zurückrief *(inite viam, redite viam)*[17]).

Endlich unter den Kaisern wurde zur Einleitung einer rei vindicatio in Bezug auf Grundstücke ohne Weiteres eine Erdscholle mitgebracht und an dieser wie an einer beweglichen Sache prozessirt[18]).

11a) Cf. Festus h. v. — 12) Gell. XX. 10. — 13) Gai. und Gell. l. l. c. c. — 14) Cic. pro Murena. XII. 14; Varro de lingua lat. VI. 64. — 14a) Cf. Festus s. v. vindiciae. — 15) Cf. Fest. l. c. — 16) Cic. pro Caec. I. 7 f. 11; pro Tull. 20. [16]; Gell. l. c. — 17) Cic. pro Mur. 12; vgl. Savigny in d. Zeitschr. f. gesch. R. Wissensch. III. (1817.) S. 421—434; in den vermischten Schriften Bd. I. S. 292—314; Hofmann, Beiträge zur Geschichte des griech. u. röm. Rechts. Wien 1870. S. 118—135. — 18) Gai. IV. 17. 31. 95; Gellius l. c. bezeugt uns aber ausdrücklich, dass zu seiner Zeit das ex iure manum consertum vocare noch in Uebung war.

Uebrigens geschah die rei vindicatio seit Einführung des Formelverfahrens entweder als Klage vor dem Centumviralgerichte mit einer *sponsio praeiudicialis*[19], oder in dem gewöhnlichen iudicium per *formulam petitoriam*[20].

Der Sponsionsprozess[21] bestand darin, dass der Kläger sich von dem Beklagten in feierlicher Stipulation eine Summe versprechen liess für den Fall, dass der Kläger der Eigenthümer der Sache sei (stipulatio pro praede litis vindiciarum, d. h. wegen Restitution der Sache [= lis] und der mit dem Besitze der Sache zusammenhängenden Nutzungen [= vindiciae]). Aus dieser sponsio klagte dann der Kläger mit einer actio in personam gegen den Beklagten auf Verurtheilung in die Sponsions-Summe. Diese sponsio war eine praeiudicialis, nicht poenalis, d. h. die darauf folgende Verurtheilung hatte nicht die Bedeutung, dass der Verurtheilte die Summe wirklich an den Kläger zahlen müsse, sondern nur, dass dieser Recht habe[22]. Dieses Sponsionsverfahren war noch eine Nachahmung des Legisactionenprozesses[23].

Das Verfahren *per formulam petitoriam* kam erst später auf, und zwar zunächst für Eigenthum von Peregrinen und an Provincialgrundstücken, wurde aber alsbald mehr gebräuchlich und blieb nach Untergang des Centumviralgerichtes im neuesten Rechte als die alleinige Form übrig. Es bestand darin, dass der Kläger eine eigentliche actio in rem mit der intentio *rem suam esse* anstellte, (so lange das quiritarische Eigenthum verschieden von dem bonitarischen bestand, bei dem ersteren mit dem Zusatze: *ex iure Quiritium*) und, so lange das Formelverfahren bestand, dem entsprechend die formula concipiren liess[24]. Der beklagte Besitzer musste die *stipulatio iudicatum solvi* eingehen und Bürgschaft *(satisdatio)* dafür leisten. Es erfolgte dann, falls der Richter den Anspruch des Klägers als begründet erkannte, die pronunciatio: *res actoris est*, und wenn das daran geknüpfte arbitrium, die Sache selbst herauszugeben, nicht befolgt wurde, die condemnatio des Beklagten, so viel zu zahlen, als der Kläger durch sein iuramentum in litem die Sache taxirt hatte[25]; oder im neueren Rechte die condemnatio auf Herausgabe der vindicirten res selbst cum sua causa, d. h. mit Accessionen und Früchten[26].

19) Gai. IV. 91. 93. 95; s. o. §. 122. S. 257. — 20) Gai. IV. 91. 92. 41; vgl. auch u. nr. VIII. — 21) Gai. IV. 16; s. o. §. 122. S. 257. — 22) Gai. IV. 91—94; Cic. in Verr. I. 45. — 23) Ein anschauliches Bild eines solchen Prozesses gibt Hiersemenzel in der Deutschen Gerichtszeitung 1865. nr. 48. — 24) Gai. IV. 90. 92. 51. — 25) Vgl. §. 114. nr. II. 15. S. 230. — 26) Vgl. hierüber und über den Einfluss der bona und mala fides des Beklagten §. 124. S. 263; §. 135. S. 285.

3. Der Kläger muss bei der *rei vindicatio* beweisen: 1) sein Eigenthum (also im Falle des derivativen Erwerbs auch das Eigenthum des auctor und dieser Beweis ist unter Umständen sehr schwierig: probatio † diabolica); 2) dass der Beklagte die Sache besitzt. Läugnet aber der Beklagte den Besitz ab und es wird ihm bewiesen, dass er doch besitze, so muss er sofort die Sache herausgeben und selbst die Rolle des Klägers übernehmen, wenn auch sein Gegner noch nicht den Beweis erbracht hat, dass er der Eigenthümer sei[27]). Und wenn der Beklagte die litis contestatio † negativa vorschützt, dass der Kläger blosser Miteigenthümer sei und der Kläger sein alleiniges Eigenthum beweist, so verliert der Beklagte zur Strafe seines chicanösen Abläugnens nach neuestem just. Rechte[27a]) das Recht, ein allenfalls ihm zustehendes dingliches Recht exceptionsweise entgegen zu setzen. Ob übrigens der Besitzer selbst Eigenthümer zu sein behauptet oder nicht, ist für die rei vindicatio gleichgiltig[28]).

4. Wenn der Besitzer blosser naturaler Besitzer ist, so hat er nach einem Gesetze Constantin's[29]) das beneficium der † *laudatio* oder *nominatio auctoris*, d. h. das Recht und resp. die Verbindlichkeit, denjenigen zu nennen, in dessen Namen er besitzt, und der Kläger muss sich dann gegen den laudatus auctor wenden. Wenn sich aber dieser nicht einlässt, so muss der detentor sofort die Sache an den Kläger herausgeben. Wenn der Naturalbesitzer aber die laudatio auctoris unterlässt, so macht er sich dadurch diesem verantwortlich, wenn erweislich mit Hülfe des auctor die Abweisung des Vindicanten zu erreichen gewesen wäre[30]).

5. Die Klage geht auch gegen den *fictus possessor* (d. h. *qui dolo malo liti se obtulit* oder — nach einer analog angewandten, ursprünglich durch das S. C. † Iuventianum nur für die Erbschaftsklage eingeführten Bestimmung auch — *qui dolo desiit possidere*)[31]), und zwar haftet dieser für das omne id quod interest. Ist aber gegen den verus possessor die Klage angestellt, so ist nunmehr der fictus possessor frei, nicht aber auch umgekehrt, vielmehr kann, wenn der fictus possessor das omne id quod interest geleistet hat, noch immer der verus possessor ausgeklagt werden[32]). Erhält man dann aber von diesem die Sache wieder, so kann nun der fictus possessor eine condictio sine causa anstellen[33]).

27) L. 80. cf. l. 24. de Rei Vind. VI. 1; l. 15. i. f. de oper. nov. nunt. XXXIX. 1; l. 45. de damno inf. XXXIX. 2. — 27a) Nach Nov. XVIII. c. 48. — 28) L. 9. h. t. — 29) L. 2. Cod. ubi in rem. actio. III. 19., wiederholt in l. 5. §. 7. ut lite non cont. II. 6. — 30) Vgl. Wetzell, Civilpr. §. 7. nr. 3. — 31) Vgl. o. §. 124. II. 2 f. S. 263. — 32) Aehnlich ist es beim concursus duar. causarum lucrativarum. Vgl. o. §. 95. nr. III. 8. S. 193 f. — 33) S. u. §. 198.

6. Die rei vindicatio geht regelmässig nur gegen den Besitzer der Sachen selbst, nicht (wie die hereditatis petitio) auch gegen den Besitzer von Surrogaten. In einigen Fällen können wir aber ausnahmsweise eine *vindicatio utilis* gegen denjenigen anstellen, der mit unserem Gelde Sachen angeschafft hat. So Soldaten in diesem Falle gegen ihren Geschäftsführer, die unter Vormundschaft stehenden Personen gegen den Vormund, und der eine Ehegatte gegen den anderen, der mit dem Gelde des ersteren Sachen angeschafft hat.

7. Unter den Einreden gegen die *rei vindicatio* sind hervorzuheben: 1) die Retentionseinrede wegen der Gegenansprüche des Beklagten, namentlich wegen Impensen[34]), 2) die exceptio rei iudicatae[35]), 3) die Geltendmachung eines auf Eigenthumsübertragung gerichteten obligatorischen Geschäftes, auf Grund dessen der Kläger dem Beklagten die Sache übertragen habe, sei dieses Geschäft nun ein Verkauf oder eine Schenkung. Man nennt diese *exceptio rei venditae et traditae*[36]), weil eine solche den häufigsten Fall dieser Art bildet[37]). 4) Endlich kann der Beklagte die *exceptio dominii* entgegen stellen, d. h. die Behauptung, dass er selbst der Eigenthümer sei. Eine wirkliche exceptio ist letzteres nur, wenn der Beklagte einen Rechtsgrund behauptet, auf welchen hin er später Eigenthümer geworden sei, und vielleicht dabei zugibt, dass der Kläger ursprünglich Eigenthümer gewesen sei und erst später das Eigenthum verloren habe. Wenn der Beklagte dagegen läugnet, dass der Kläger jemals Eigenthümer gewesen sei, so ist dieses eine litis contestatio † negativa[38]).

III. Der Prätor Publicius ertheilte im J. 685 d. St. dem Usucapionsbesitzer (und als solcher erschien, so lange die Verschiedenheit des dominium ex iure Quir. und des in bonis bestand, auch der blosse bonitarische Eigenthümer), wenn derselbe seinen Besitz verloren hatte, unter der Fiction, die Ersitzung sei schon vollendet, eine mit der Eigenthumsklage nach Veranlassung und Zweck und in Betreff der Person des Beklagten übereinstimmende und daher auch von dem wirklichen Eigenthümer, wenn dieser sich den Beweis erleichtern wollte, anwendbare dingliche Klage *(actio Publiciana)*[39])

34) S. o. §. 74. nr. II. S. 151 f. — 35) S. o. §. 130. nr. V. S. 272 f. — 36) Dig. XXI. 3. — 37) S. auch o. §. 139. nr. III. S. 301. §. 114. nr. II. 2. S. 221. — Vangerow I. §. 334; Arndts, Pand. §. 168. Anm. — 38) S. o. §. 121. nr. I. S. 247 f.

39) Dig. VI. 2; §. 4. Inst. de act. IV. 6; Gai. IV. 36. — Vangerow, Lehrb. der Pandekten I. §. 335; Gimmerthal, Die Publicianische Klage und die Mancipation. Bremen 1872. Dieser Schriftsteller stellt die exorbitante

gegen jeden minderberechtigten dritten Besitzer. Die Formel war hierbei der vindicatio per formulam petitoriam nachgebildet. Der Kläger braucht hierbei statt des Eigenthums aber bloss seinen iustus titulus und damit seine bona fides, womit er die Sache erworben habe, zu beweisen; jedoch kann der Beklagte diesen Beweis durch den Beweis einer mala fides superveniens entkräften. Wenn hinterher eine mala fides des Besitzers eintritt, so wird dadurch die Vollendung der Usucapion, also auch die Fiction, dass sie schon vollendet sei, und damit auch die actio Publiciana ausgeschlossen. Der Beklagte kann ferner auch die Usucapionsunfähigkeit der Sache beweisen.

Der eine bonae fidei possessor kann diese Klage nicht mit Erfolg gegen den besitzenden anderen bonae fidei possessor anstellen (quia in pari causa melior est condicio possidentis)[40]. Nur wenn zwei bonae fidei possessores ihre bonae fidei possessio beide von demselben Nichteigenthümer ableiten, so siegt derjenige, welcher zuerst die bonae fidei possessio erlangte.

IV. Wenn Jemand dingliche Rechte an einer fremden Sache thatsächlich oder auch nur durch wörtliche Behauptung in Anspruch nimmt, so hat der Eigenthümer die *actio* (in rem) *negatoria*, um die Freiheit seines Eigenthums von dem betreffenden dinglichen Rechte zu behaupten[41]. Der Eigenthümer braucht hier bloss sein Eigenthum zu beweisen, oder als bonae fidei possessor gegenüber demjenigen, der sein dingliches Recht von einem Schlechterberechtigten ableitet, bloss den iustus titulus des Erwerbs *(Publiciana negatoria)*, und es wird dann die Freiheit der Sache von dinglichen Lasten praesumirt. Der Beklagte muss also dagegen sein dingliches Recht beweisen, sonst wird er zum Ersatz des etwa bereits eingetretenen Schadens und zur Leistung einer cautio † de non amplius turbando verurtheilt.

Behauptung auf, die actio Publiciana habe sich bis auf Justinian's Ausgleichung von dominium ex iure Quiritium und in bonis nur auf letzteres bezogen; es habe vorher gar keine von letzterem verschiedene bonae fidei possessio gegeben, und die Gegenstände der actio Publiciana seien lediglich die früheren res mancipi und die praedia vectigalia (s. u. §. 158.) gewesen. Vgl. über das Alter des sg. bonitar. Eigenthums dagegen Mayer in der Ztschr. für gesch. Rechtsw. Bd. 8. S. 47. M. s. auch Schubin, Ueber einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio. Marburg 1873; Huschke, Das Recht der Publicianischen Klage in Beziehung auf das in Aussicht stehende deutsche Civilgesetzbuch. Stuttgart 1874.

40) S. o. §. 96. S. 194. — 41) Dig. VII. 6. si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur; VIII. 5. si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur; §. 2. Inst. de act. IV. 6.

V. Wenn die Grenzen ländlicher Grundstücke verwirrt sind, so gewährten schon die XII Tafeln eine *actio finium regundorum*[42]) zur Grenzberichtigung durch tres arbitri, an deren Stelle die lex Mamilia Einen setzte. Bis zur späteren Kaiserzeit blieb immer der Raum von 5 Fuss zum Umwenden des Pfluges als gemeinsamer Grenzraum. Constantin[43]) bestimmte, ein agrimensor als arbiter solle nur bestellt werden können, wenn der Streit jene 5 Fuss Grenzraum betreffe (controversia de fine), dagegen der Prozess um ein grösseres Stück (controversia de loco) gehöre vor den praeses provinciae. Valentinian II.[44]) hob im Jahre 385 den Unterschied zwischen jenen Fällen auf; auch bei der controversia de loco sollte wie bei der contr. de fine ein Sachverständiger rein nach technischen Regeln entscheiden, und auch hier, wie schon seit den XII Tafeln bei der controversia de fine, die Usucapion ausgeschlossen, also nur die 30jährige Klagenverjährung zulässig sein. Jedoch schon im Jahre 392 stellte Theodosius II.[45]) das Constantinische Recht wieder her. Im Justinianischen Rechte ist aber durch Interpolationen[46]) wieder der Unterschied zwischen der controversia de fine und de loco aufgehoben und bei allen Grenzstreitigkeiten die Usucapion ausgeschlossen, dagegen die 30jährige Verjährung zugelassen (welche aber natürlich erst anfängt, wenn einer der Nachbarn sich bestimmte Grenzen selbst zu setzen beginnt). Das Urtheil wird nun immer von den iudices ordinarii gesprochen und Sachverständige werden nur mit ihrem Gutachten zugezogen. Wenn sich die Grenzen gar nicht ermitteln lassen, so wird der bestrittene Raum wie eine res communis behandelt, und von dem Richter nach seinem Ermessen ein Durchschnitt gemacht. Die Klage kann sich übrigens auch noch auf Nebenleistungen beziehen, z. B. auf Ersatz verursachten Schadens, Herausgabe noch vorhandener oder seit der Litiscontestation gezogener Früchte und dergleichen.

VI. Die *actio communi dividundo*[47]) geht auf Auflösung eines Miteigenthums oder einer sonstigen Gemeinschaft dinglicher Rechte und auf Ersatz der persönlichen Ansprüche, welche durch die Vermögens-Gemeinschaft, z. B. dadurch, dass der eine Miteigenthümer

42) Dig. X. 1; Cod. III. 39. Vgl. auch M. Voigt, Ueber die agrimensorischen genera controversiarum und die actio finium regundorum, in den Berichten der kön. sächs. Gesellsch. der Wissensch. Philolog. histor. Class. Sitz. am 1. Juli 1873. S. 31—90.

43) L. 3. Th. Cod. fin. reg. II. 26. — 44) L. 4. Th. Cod. eod. — 45) L. 5. Th. Cod. eod. — 46) Cf. l. 5. 6. Cod. fin. reg. III. 39. — 47) Dig. X. 3; Cod. III. 37. cf. Cod. III. 38. communia utriusque iudicii tam fam. herc. quam comm. dividundo.

Impensen machte, begründet wurden[48]). Ein Verzicht auf die actio comm. div. ist nach röm. R. nur dann gültig, wenn er bloss für eine bestimmte Zeit geschehen ist, kann jedoch h. z. T. nach deutschrechtlichen Grundsätzen auch auf unbestimmte Zeit oder auf immer geschehen. — Ueber die *actio familiae herciscundae* oder die Erbtheilungsklage s. u. §. 260. nr. VIII.

VII. Der Eigenthümer und überhaupt der nicht vitiöse juristische Besitzer, sowie derjenige, dem der juristische Besitz der Sache vi, clam oder precario von einem Anderen entzogen wurde, kann sich durch Interdicte gegen Störungen des Besitzes in demselben behaupten[49]), bei unbeweglichen Sachen durch das *interdictum Uti possidetis*, bei beweglichen Sachen durch das *interdictum Utrubi*[50]). Die beiden Interdicte wurden eingeführt[51]), um für einen Eigenthumsstreit vorher festzustellen, wer als der Besitzer und somit als der Beklagte in dem Eigenthumsprozesse zu gelten habe[52]). Bei dem interd. Utrubi siegte ursprünglich derjenige, qui maiore parte anni possidebat, d. h. während des letzten Jahres länger als sein Gegner den Besitz der Mobilie gehabt hatte; es galt aber auch hier accessio possessionis[53]), worauf sich auch noch mehrere in Justinian's Pandekten aufgenommene Stellen beziehen[54]). Im Justinian. R. (ungewiss seit wann) siegte aber beim interd. Utrubi, und bei dem interd. Uti possidetis siegte schon von alter Zeit her derjenige, welcher im Augenblicke der Anstellung des Interdictes (momento interdicti redditi) den Besitz hatte[55]). Es besteht also jetzt nur noch ein Namensunterschied zwischen beiden Interdicten. Als Gegenbeweis konnte der Gegner bei beiden Interdicten vorbringen, dass der Andere ihm gegenüber vi, clam oder precario besitze, und dann siegte der Gegner. Diese Interdicte gehen nur auf Anerkennung des Besitzes und cautio † de non amplius turbando, nicht auf Schadensersatz, ausser selbstverständlich[56]) soweit der Schaden erst seit der litis contestatio eingetreten ist. Auch können die Interdicte nur intra annum utilem angestellt werden, d. h. das Factum, wodurch der Gegner die Nichtanerkennung unseres juristischen Besitzes ausspricht, muss in dem letztverflos-

48) Vgl. o. §. 114. II. 12. S. 225; §. 118. S. 240; §. 141. II. 7. S. 315. — 49) Gai. IV. 148—52. 160; Dig. XLIII. 17; Cod. VIII. 6. Fest. v. poss.; s. o. §. 114. nr. II. 16. S. 231. — 50) Dig. XLIII. 31; vgl. o. §. 114. nr. II. 16b. S. 233; §. 136. S. 288. — 51) Vgl. o. §. 136. nr. III. S. 288. — 52) Vgl. o. nr. II. 1. S. 338 ff.; Gai. IV. 148. 158—60; §. 4. Inst. de interd. IV. 15; l. 1. §. 2. 3. h. t. XLIII. 17. — 53) S. o. §. 146. nr. IV. S. 325 f.; Gai. IV. 151; §. 4. Inst. de interd. IV. 15. — 54) L. 13. §. 1. 4. 5. 7. de poss. XLI. 2; l. 14. §. 3. de div. temp. praescr. XLIV. 3. Vgl. Boecking, Pandekt. II. §. 148. Note 34. — 55) §. 4. Inst. de interd. IV. 15. — 56) S. o. §. 124. S. 262 f.

senen Jahre stattgefunden haben. Die Entscheidung darüber, wer während der Dauer des Besitzstreites *(† possessorium ordinarium)* den Besitz der Sache haben soll, nennt die gemeinrechtliche Praxis: † *possessorium summariissimum* [57]). Die alte fructus licitatio beim interd. Uti possidetis [58]) ist in das Justinianische Recht nicht übergegangen.

VIII. Bei der vindicatio konnte nach älterem R. auch noch ein anderes Interdict vorkommen, das *interd. Quem fundum*, welches bald adipiscendae, bald recuperandae possessionis war. Wenn sich nämlich der Beklagte nicht gehörig vertheidigte, namentlich wenn er bei der sponsionis formula die stipulatio litis et vindiciarum oder bei der petitoria formula die stipulatio iudicatum solvi verweigerte, oder den Besitz abläugnete, und der Kläger bewies, dass er im Besitze sei, so konnte der Kläger durch dieses Interdict den Besitz des streitigen Grundstückes erlangen [59]). Im neueren R. fiel die Cautionspflicht des Beklagten regelmässig weg, und das interd. *Quem fundum* hörte ganz auf. Es blieb von demselben im justinianischen Rechte nur für den fälschlich den Besitz abläugnenden Beklagten übrig, dass er den Besitz sofort an den Kläger herausgeben musste, wenn dieser bewies, dass der Beklagte die Sache im Besitz habe [60]).

IX. Auch auf Wiedererlangung eines Besitzes gab der Prätor Interdicte gegen den vitiöser Weise in den Besitz der Sache Gelangten, nämlich:

1. Das interd. *Unde vi* oder *de vi* [61]) gegen denjenigen, welcher durch vis oder metus den Anderen aus dem Besitze eines Grundstückes dejicirt hatte [62]). Dieses Interdict geht auf Restitution des

57) Witte, Das interd. Uti possidetis als Grundlage des heutigen possessorium ordinarium. Leipzig 1863. — 58) S. o. §. 114. II. 15. S. 233.

59) Vgl. o. §. 122. S. 253. „tam adipiscendae quam recuperandae possessionis sunt *Quem fundum* et *Quam hereditatem*. Nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam, nec is defendat, cogitur ad me transferre possessionem, sive nunquam possedi, sive ante possedi, deinde amisi possessionem.“ Ulp. Inst. §. 9. Cf. Scaevola l. 45. de damno inf. XXXIX. 2. Rudorff, Ztschr. für geschichtl. Rechtswiss. Bd. 9. S. 19. formulirte dieses Interdict also: „Quem fundum L. Titius a te petit, ita eum illi restituas.“ Bei Diocl. und Maxim. l. un. C. Uti poss. VIII. 6. geschieht Erwähnung satisdationis vel transferendae possessionis edicti perpetui forma servata. Vgl. auch l. 80. de R. V. VI. 1; Paul. S. R. I. 11. §. 1; Paul. l. 2. i. f. de interd. XLIII. 1.

60) Vgl. o. §. 150. nr. II. 3.

61) L. 1. pr. Dig. de vi XLIII. 16: „Unde tu illum vi deiecisti, aut familia tua deiecit, de eo, quaeque ille tunc habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum, qui vi deiecit, pervenerit, judicium dabo.“

62) §. 6. Inst. de interd. IV. 15; Gai. IV. 154 sqq.; Paul. V. 6. §. 3—8;

Besitzes, aber intra annum utilem auch auf Entschädigung; post annum jedoch nur noch auf Ersatz der durch die Dejection etwa in das Vermögen des Beklagten gekommenen Bereicherung. War Jemand durch vis armata dejicirt, so siegte er, sogar im Falle, dass er selbst gegenüber dem Dejicienten nur einen vitiösen Besitz hatte. Jedoch ist das *interdictum de vi armata* im neuesten Rechte weggefallen, und es siegt daher stets nur mehr der nicht vitiöse Besitzer, welcher mit Gewalt dejicirt wurde *(interd. de vi quotidiana)*[63]).

Im canon. Rechte und in der Praxis ist (unter Einwirkung des deutschrechtlichen Begriffes der Gewere)[64]) das interd. de vi unter dem Namen *actio spolii*[65]) dahin ausgedehnt, dass man auf Wiedererstattung eines jeden gewaltsam entzogenen Besitzes klagen kann, auch in Betreff von Rechten, bei denen das röm. Recht keine iuris quasi possessio kennt. Auch gewährte das canon. Recht dem Spoliirten eine *exceptio spolii* gegen jede Klage des Spoliator, bis dieser ihn zuerst von der Spoliation wieder hergestellt hatte. Jedoch muss der Spoliirte binnen 15 Tagen die Eigenmacht darthun[66]).

2. Nach classischem römischem Rechte gab es auch ein *interd. de clandestina possessione* gegen denjenigen, der sich heimlich in den Besitz einer Immobilie gesetzt hatte[67]); im Justinianischen Rechte fiel dieses Interdict als unnöthig hinweg, weil der Besitzer einer Immobilie durch die ihm unbewusste Occupation jetzt seinen Besitz nicht mehr verliert. Es besteht aber noch jetzt

3. das *interdictum de precario*[68]), welches nicht bloss bei Grundstücken anwendbar ist, sondern so oft Jemand einem Anderen irgend eine Sache auf dessen Bitten (precario) zu einem jederzeit widerruflichen unentgeltlichen Gebrauch überliess, angestellt werden kann, um die Restitution derselben zu erzwingen. Die Anwendung dieses Interdictes ist nicht auf ein Jahr beschränkt, sondern unterliegt nur der gewöhnlichen 30jährigen Klagenverjährung.

Dig. XLIII. 16. de vi et de vi armata; Theod. Cod. IV. 22; Iust. Cod. VIII. 4. Unde vi. VIII. 5. si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio.

63) Gai. IV. 154. 155. cf. §. 6. Inst. de interd. IV. 15.

64) S. o. §. 136. gegen Ende S. 292 ff.

65) Pseudoisidor. canon Redintegranda 3. C. 3. q. 1; lib. x. de restitut. spoliat. II. 13.

66) Vgl. Bruns, Besitzr. §. 16—27; Windscheid, Pand. I. §. 162.

67) Ulp. l. 7. §. 5. comm. divid. X. 3; Cic. de leg. agrar. III. 3. 11.

68) Paul. V. 6. §. 10—12; Dig. XLIII. 26; Cod. VIII. 9.

§. 151. Der Verlust des Eigenthums[1]).

Dieser tritt ein: 1. wenn und soweit die Sache physisch untergeht oder (zu einer res extra commercium wird, d. h.) juristisch untergeht.

2. Wenn ein Anderer das Eigenthum erwirbt.

3. Wenn der Eigenthümer den Willen kundgibt, das Eigenthum aufzugeben (Dereliction). Die Proculianer behaupteten, der Derelinquent verliere erst dann das Eigenthum an der Sache, wenn ein Anderer dieselbe occupire; dagegen liessen die Sabinianer, deren Meinung nachher die herrschende wurde, den Verlust des Eigenthums schon mit der blossen Dereliction eintreten[2]). — Seit Constantin nahmen die auf das Grundeigenthum gelegten Lasten so zu, dass die Eigenthümer häufig desshalb die weniger fruchtbaren Strecken derelinquirten. In Folge dessen erging unter anderen Verordnungen auch die, Niemand solle die unfruchtbaren Theile seines Grundbesitzes derelinquiren und bloss die fruchtbaren behalten, er müsse Alles behalten oder Alles aufgeben[3]).

4. Der Besitz, sowie das Eigenthum an wilden Thieren geht verloren, wenn das Thier in seine natürliche Freiheit zurückkehrt; an gezähmten Thieren, wenn sie nicht bloss in die natürliche Freiheit zurückgekehrt, sondern auch consuetudinem revertendi verloren haben; dagegen an zahmen Hausthieren geht das Eigenthum nur in der gewöhnlichen Weise verloren, wie bei anderen Sachen[4]).

§. 151. 1) §. 47. Inst. de act. IV. 6; l. 2. §. 1. pro derelicto XLI. 7; §. 9. Inst. l. c. — 2) L. 43. §. 5. de furt. XLVII. 2; l. 38. §. 1. de noxal. act. IX. 4; l. 2. §. 1. pro derelicto. XLI. 7. — 3) Cod. XI. 58. de omni agro deserto et quando steriles fertilibus imponuntur; s. o. §. 145. S. 321. — 4) §. 12. 14—16. Inst. de R. D. II. 1. l. 3. §. ult.; l. 4. l. 5. pr. §. 4—6. de A. R. D. XLI. 1. — Waechter, Das Jagdrecht u. die Jagdvergehen. (In der Samml. v. Abhdl. der Leipziger Juristenfacultät Bd. I. S. 333—375.) Leipzig 1870.

Kapitel II.

Die Dienstbarkeiten *(servitutes)*[1].

§. 152. Begriff und allgemeine Grundsätze[2].

I. Die Servituten sind schon im alten Civilrechte begründete, strenge an das berechtigte Subjekt geknüpfte, einen dinglichen Charakter tragende Beschränkungen fremden Eigenthums, welche dem Berechtigten gewisse beliebige Gebrauchs- oder Nutzungsrechte, also eine materielle Herrschaft an einer fremden Sache gewähren.

II. Man unterscheidet die Dienstbarkeiten in persönliche und Grund-Dienstbarkeiten. Die ersteren *(servitutes personae)*, Personalservituten, sind diejenigen, welche für die Interessen einer physischen oder juristischen Person als des unmittelbaren Subjektes der Servitut bestimmt sind und bei denen die res serviens eine res mobilis oder immobilis ist. Die Grunddienstbarkeiten, Realservituten *(servitutes praediorum)*, sind diejenigen, welche bestimmt sind, den Interessen eines bestimmten Grundstückes zu dienen, und bei denen der jedesmalige Inhaber dieses herrschenden Grundstückes oder Gebäudes *(praedium dominans)* der zur Servitut an einem anderen (dienenden) Grundstück oder Gebäude *(praedium serviens)* Berechtigte ist.

III. Allgemeine Grundsätze für alle Servituten sind:

1. *Servitus in faciendo consistere nequit*, d. h. der Inhaber der dienenden Sache kann nur zu einem non facere oder pati, nicht aber zu einem facere verbunden sein[3]. Diejenigen Servituten, bei welchen die Verbindlichkeit in einem pati besteht, nennt man *servitutes † affirmativae*, diejenigen, bei denen die Verbindlichkeit in einem non facere besteht, *servitutes † negativae*.

1) Paul. I. 17. Inst. II. 3. Dig. VIII. 1. Cod. III. 34. de servitutibus; Hoffmann, Die Lehre von den Servituten nach röm. Recht. 2 Bde. Darmstadt 1838. 1843; R. Elvers, Die römische Servitutenlehre. Marburg 1856; O. Schönemann, Die Servituten. Leipzig 1866.

§. 152. 2) Vgl. Vangerow, Lehrb. der Pand. I. §. 338; Arndts, Ges. civ. Schriften. Bd. 1. S. 168 ff. — 3) L. 15. §. 1. h. t. VIII. 1.

2. *Nemini res propria potest servire*[4]).

3. *Servitus servitutis esse non potest*, d. h. es kann an der res serviens nur insoweit eine Servitut begründet werden, als der Inhalt der alten Servitut dadurch nicht berührt wird, und der Servitutberechtigte kann nicht eine seiner Servitutbefugnisse an einen Andern als neue Servitut bestellen[5]).

4. Die Servituten sind dem Rechte nach streng an das servitutberechtigte Subjekt geknüpft, nur der Ausübung nach können sie auf einen Anderen übertragen werden; der *usus*[6]) nicht einmal der Ausübung nach.

5. Jede Servitut muss dem berechtigten Subjekte einen wirklichen Nutzen gewähren, sei dieses nun ein pecuniärer Vortheil oder wie z. B. bei der servitus ne prospectui officiatur[7]) auch nur ein Annehmlichkeitsinteresse[8]).

§. 153. Von den Realservituten[1]).

I. Bei diesen müssen

1. die beiden praedia benachbart (vicina) sein. Dazu ist aber nicht nothwendig, dass die Grundstücke unmittelbar aneinanderstossen.

2. Die Servitut muss nicht bloss einen vorübergehenden, sondern einen beständigen Nutzen (causa perpetua) für das herrschende Grundstück gewähren[2]).

3. Die Realservituten sind sämmtlich untheilbar, denn jede Realservitut hat ein blosses uti (kein frui) zum Zwecke, und jeder usus ist seiner Natur nach untheilbar[3]). Desshalb kann von mehreren Miteigenthümern eines praedium nicht Einer allein, sondern es können nur die mehreren Miteigenthümer gemeinsam ihrem Grundstücke eine Servitut auflegen. Ebenso kann auch nicht für einen der mehreren Miteigenthümer eines praedium (dominans)

4) L. 27. de serv. praed. urb. VIII. 2; vgl. u. §. 157. nr. 5. — 5) L. 1. de usu et usufr. leg. XXXIII. 2; l. 15. de usufr. VII. 1; l. 16. eod. — 6) S. u. §. 154. nr. II. 2. — 7) S. u. §. 153. nr. IV. gegen Ende. — 8) L. 15. pr. h. t. VIII. 1; l. 19. eod.

§. 153. 1) Inst. II. de servitutibus praediorum; Dig. VIII. 1. de servitutibus; VIII. 2. de servitutibus praediorum urbanorum; VIII. 3. de servitutibus praediorum rusticorum; VIII. 4. communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum; Cod. III. 34. de servitutibus et aqua. — Vangerow Bd. I. §. 339. Anm. II., §. 340—342. S. 700 ff. der 7. Aufl.

2) L. 28. de serv. praed. urb. VIII. 2.

3) Vgl. Pomponii fragm. bei Huschke, Iurispr. Antei. ed. 2. p. 80. und im Bonner corp. iur. Antei. pag. 168; l. 8. §. 1; l. 11. 17. de serv. VIII. 1; l. 32. de S. P. R. VIII. 3; Vangerow I. §. 340. Anm. 2.

bloss für dessen Antheil eine Servitut bestellt werden, sondern sie muss für alle zusammen, wenn auch nicht nothwendig durch gleichzeitigen Act, bestellt werden[4]). Auch kann die Realservitut nicht theilweise untergehen, sondern sie geht entweder ganz oder gar nicht unter. Hat man eine Realservitut und wird später Miteigenthümer des praedium serviens, so bleibt darum die Realservitut nichts desto weniger bestehen.

4. Der Umfang der Prädialservitut richtet sich nach dem Bedürfnisse des herrschenden Grundstückes. Es ist daher keine Ausübung zu Gunsten dritter Personen zulässig. Und wenn z. B. auf einem praedium ein Gewerbe betrieben wird, zu dem Sand oder Wasser von dem Nachbargrundstücke erforderlich wäre, so kann dieser persönliche Bedarf des Gewerbetreibenden wohl durch eine Personal-, nicht aber durch eine Realservitut gedeckt werden, oder wenn z. B. eine Weideberechtigung als Realservitut bestellt ist, so kann nur so viel Vieh auf die Weide gebracht werden, als zum öconomischen Betrieb des praedium dominans nöthig ist, nicht aber auch Vieh, welches zu anderen Zwecken gehalten wird.

Nach heutigem Recht, entsprechend den germanischen Grundsätzen, richtet sich der Umfang der Realservitut nach ihrem Zwecke.

5. Jede Realservitut muss auch civiliter ausgeübt werden, d. h. mit möglichster Schonung der dienenden Sache[5]).

6. Dass eine Realservitut an einem Grundstücke haftet, ist etwas so Gewöhnliches, dass dieses nicht als ein eigentliches vitium des Grundstückes gilt. Man kann daher in der Regel desshalb den Kauf des Grundstückes nicht anfechten, es sei denn, dass dolose die Servitut verschwiegen oder ausdrücklich versprochen worden, dass der fundus von Realservituten frei (fundus optimus maximus) sei.

II. 1. Die Realservituten unterscheidet man in Felddienstbarkeiten *(servitutes praediorum rusticorum)* und Gebäudedienstbarkeiten *(servitutes praediorum urbanorum)*[6]). Erstere gewähren dem Besitzer des praedium dominans die Befugniss, gewisse Handlungen auf dem dienenden Grundstücke vorzunehmen *(servitutes faciendi)*. Letztere sind theils solche, welche dem Inhaber des praedium dominans die Befugniss ertheilen, dem Herrn des dienenden Grundstückes die Ausübung gewisser Eigenthumsbefugnisse zu verbieten *(servitutes prohibendi)*, theils solche, wo der Servitutberechtigte dem praedium dominans förmlich ein Stück des

4) L. 18. Comm. praed. VIII. 4. — 5) L. 6. de serv. praed. rust. VIII. 3. — 6) Pr. §. 1. 2. Inst. h. t. II. 3.; Zachariä, Ueber die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae. Heidelberg 1844.

fremden Eigenthums einverleibt hat *(servitutes habendi)*. Bei den servitutes faciendi ist gewöhnlich ein praedium rusticum das herrschende Grundstück, d. h. ein Grundstück, welches zur Fruchtziehung bestimmt ist, bei den servitutes habendi und prohibendi hingegen gewöhnlich ein praedium urbanum, d. h. ein Gebäude. Desshalb nannte man die einen servitutes praediorum rusticorum, die anderen servitutes praediorum urbanorum.

2. Die servitutes praed. urban. sind meistens † *continuae*, d. h. solche, bei denen eine ständige Ausübung vorkommt —, die Rusticanservituten sind dagegen † *discontinuae*, d. h. sie werden nur mit Zwischenräumen ausgeübt, indem zu jeglicher Ausübung bei ihnen eine menschliche Thätigkeit nöthig ist.

3. Bei servitutes praediorum rusticorum muss sich der Servitutberechtigte die Concurrenz des Eigenthümers gefallen lassen, jedoch steht der Letztere im Collisionsfalle dem Ersteren nach; bei den servitutes praediorum urbanorum besteht Exclusivität für den Servitutberechtigten.

III. Die Zahl der Servituten ist nicht eine abgeschlossene, sondern es sind deren unzählige möglich. Zu den *servitutes praediorum rusticorum* oder *faciendi* gehören insbesondere die vier ältesten Servituten: iter, actus, via[7]) und aquaeductus.

1. *Iter* oder Fusssteigsgerechtigkeit ist die Felddienstbarkeit, welche die Befugniss gewährt, über das benachbarte dienende Grundstück zu gehen (ius eundi, ambulandi hominis), oder auch zu reiten, oder sich in einer Sänfte tragen zu lassen. (Eine besondere Servitut war wieder das *iter ad sepulcrum*. Dieses konnte im Nothfall schon nach röm. Rechte gegen Entschädigung durch den Richter erzwungen werden[8]), und es erlischt nicht durch non usus).

2. *Actus* oder Viehtriebsgerechtigkeit (ius agendi vel iumentum vel vehiculum) ist die Felddienstbarkeit, welche das Recht gewährt, Vieh zu dem praedium dominans hin über das dienende Grundstück zu treiben und auch mit leichtem Fuhrwerk zu fahren. (Hiervon verschieden ist die erst später entstandene, bei den Römern weniger als heutzutage häufige *servitus pascendi*, d. h. die Weidegerechtigkeit).

3. *Via*, Fahrgerechtigkeit, die schon in den XII Tafeln vorkam, gewährt das Recht auf einen Weg von 8 Fuss Breite in gerader Richtung (in porrecto), und bei Biegungen (in anfractu) von 16 Fuss, und mit einem so hohen Luftraum, dass ein Mann

7) Vgl. über den Inhalt dieser Servituten, der allerdings auch vertragsmässig geändert werden kann, Vangerow, Lehrb. der Pand. I. 341. Anm. — 8) S. o. §. 140. II. 15. S. 308.

mit einem in die Höhe gehaltenen Spiess hinüber gehen kann[9]. Wer eine servitus viae hat, darf auch Balken und Steine über das dienende Grundstück schleifen[10].

4. *Aquae ductus*, d. h. das Recht, durch Röhren (rivi), im Zweifel nicht in steinernen, sondern nur mit hölzernen oder thönernen Röhren, Wasser von dem dienenden Grundstück auf das praedium dominans hinüber zu leiten. Wird während des ganzen Jahres Wasser hinüber geleitet, so sagt man: *aqua quotidiana*, und wenn bloss im Sommer: *aqua aestiva*, und wenn bloss bei Tage: *aqua diurna*, oder bloss bei der Nacht: *aqua nocturna*. Wenn das Wasser aber nicht von dem praedium serviens her-, sondern nur darüber geleitet wird, so hat man an diesem praedium eine Urban- und nicht eine Rusticanservitut.

Zu den vorgenannten vier Rusticanservituten, deren hohes Alter sich daraus ergibt, dass sie res mancipi waren[11], kamen später namentlich hinzu:

5. Die servitus *aquae haustus*, d. h. das Recht aus dem Brunnen oder der Quelle auf dem benachbarten Grundstücke Wasser zu schöpfen oder über dasselbe hinüber zu gehen, um Wasser zu schöpfen, im Zweifel nach dem Bedürfniss des herrschenden Grundstückes.

6. Die servitus *pecoris ad aquam adpellendi*.

7. Servituten, welche auf sonstige einzelne Benutzungen des dienenden Grundstückes gehen, wie die oben erwähnte Weidegerechtigkeit, Beholzungs-, Steinbruchs-Gerechtigkeiten u. dgl. Ferner Berechtigungen, zum Vortheil des herrschenden Grundstückes etwas auf das dienende Grundstück hinzubringen, von demselben abzuleiten u. dgl.

IV. Zu den *servitutes praediorum urbanorum* gehörten namentlich folgende *servitutes habendi*: 1. die *servitus proiiciendi*, d. h. das Recht, seinen Balkon, und 2. die *servitus protegendi*, d. h. das Recht, sein Dach in den fremden Luftraum hineinragen zu lassen, 3) die *servitus tigni immittendi*, d. h. das Recht, seinen Balken in des

9) L. 8. l. 23. pr. de servit. praed. rust. VIII. 3. Zu l. 8. cit. vgl. Vangerow I. §. 341. S. 719. der 7. Aufl.

10) Werden Grundstücke von einem Fluss durchschnitten, so genügt die Bestellung Einer Servitut (z. B. via) nur dann, wenn man den Fluss an seichten Stellen durchwaten kann oder derselbe eine Brücke hat, nicht aber, wenn man auf Fähren übergesetzt wird. Vgl. l. ult. de serv. praed. urb. VIII. 3. und die Erklärung dieser schwierigen Stelle in Sintenis deutschem Corpus iuris I. S. 757—59. der 2. Aufl. (1839).

11) Vgl. o. §. 68. S. 145.

Nachbars Maueröffnung einzuschieben (Balken- oder Tram-Recht), 4) die *servitus oneris ferendi*, d. h. die Befugniss, sein Gebäude auf der Mauer oder der Säule u. dgl. des Nachbars ruhen zu lassen, wobei aber der Eigenthümer der res serviens die obligatio hat, etwa nöthige Reparaturen vorzunehmen[12]), indem eine tragfähige Mauer oder Säule Voraussetzung für die Servitut ist; 5. die *servitus stillicidii avertendi*, d. h. das Recht, die Regentropfen von dem Dache auf des Nachbars Grundstück hinabtraufen zu lassen; 6. die *servitus fluminis*, d. h. das Recht, die Dachrinnen (fistulae) auf des Nachbars Grundstück hinunter zu leiten, und andere mehr.

Von den vier sogenannten Licht- und Aussichts-Gerechtigkeiten ist 7. die *servitus luminum*, d. h. das Recht, Fenster in der gemeinschaftlichen Wand[13]) oder in der Wand des Nachbars[14]) anzubringen, eine *servitus habendi*, die anderen drei sind *Servitutes prohibendi*, nämlich 1. die *servitus altius non tollendi*, d. h. das Recht, dem Nachbar zu verbieten, einen Stock aufzusetzen; 2. die *servitus ne luminibus officiatur*, d. h. der Nachbar darf dem Inhaber des herrschenden Grundstücks durch Nichts die Hellung verdunkeln oder verändern, z. B. keine schattigen Bäume anpflanzen, nicht die Höhe oder Farbe einer benachbarten Mauer, woran sich die Lichtstrahlen brechen, ändern u. dgl.; 3. die *servitus ne prospectui officiatur*, d. h. der Inhaber des praedium dominans hat das Recht, zu verlangen, dass ihm durch Nichts die Aussicht und Einsicht in des Nachbars Grundstück verhindert werde.

V. Bei serv. praed. urbanorum gibt es, weil sie eine eigentliche Eigenthumsminderung enthalten, auch gerade umgekehrte Servituten *(servitutes contrariae)*. Diese haben aber nur die Bedeutung, eine wirkliche Servitut durch Begründung der Freiheit von der Beschränkung wieder aufzuheben. So wird eine *servitus altius non tollendi* aufgehoben durch eine servitus altius tollendi.

§. 154. Von den Personalservituten.

I. Die *servitutes personarum* sind ebenso wie die Realservituten in grosser Mannigfaltigkeit möglich. Es können auch solche Befugnisse, welche gewöhnlich als Realservituten bestellt werden (serv. aquae haustus, pascendi, itineris u. dgl. m.), als Personalservituten vorkommen. Mit Unrecht sprechen Manche in diesem Falle von servitutes † irregulares. Dieselben haben nämlich gar keine

12) S. auch u. §. 156. nr. II. — 13) L. 40. de serv. praed. urb. VIII. 2. — 14) L. 8. Cod. de serv. III. 34.

Eigenthümlichkeiten, sondern werden ganz nach den Grundsätzen der Personalservituten behandelt[1]).

II. Vier Personalservituten waren bei den Römern sehr häufig und erhielten daher auch eine besonders ausgeprägte Theorie. Diese sind:

1. Der *ususfructus* oder das Niessbrauchsrecht[2]). Dieser gewährt das Recht, von einer fremden unverbrauchbaren Sache alle Nutzungen und Früchte zu ziehen, so weit dieses, ohne die Substanz der Sache zu verletzen, geschehen kann. (*„Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia"*)[3]). Der Usufructuar darf die Substanz der Sache nicht ändern, z. B. ein unfertiges Haus nur mit Genehmigung des Eigenthümers und nur nach dessen Plan fertig bauen; er muss omnem culpam vermeiden; die Sache im gehörigen Stande erhalten, die gewöhnlichen Reparaturen und die Abgaben leisten; und finito usufructu die Sache in ihrem Wesen unverändert restituiren, und für letzteres, sowie für das rem salvam fore muss er dem Eigenthümer eine vom Gesetze auferlegte Realcaution leisten[4]), welche ihm zwar durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, nicht aber auch durch letztwillige Verfügung erlassen werden kann[5]), und auch wohl von dem Schenker, der sich den ususfructus vorbehält, im Zweifel nicht geleistet zu werden braucht (ein Fall, über welchen die Quellen schweigen). Die Cautionsleistung kann der Eigenthümer durch Retentionsrecht erzwingen, oder er kann sie durch eine condictio incerti fordern oder durch eine vindicatio mit einer replicatio der mangelnden Cautionsleistung die Sache zurückfordern.

Der ususfructus ist theilbar, kann daher auch von einem der mehreren Miteigenthümer an seinem ideellen Theile bestellt werden, und kann auch theilweise durch theilweise Nichtausübung[6]) untergehen.

Der Niessbrauch ist wie alle persönlichen Dienstbarkeiten unvererblich und unveräusserlich[7]); die Ausübung desselben kann jedoch sowohl gegen Entgelt wie unentgeltlich einem Anderen überlassen werden. Aber der Veräusserer selbst bleibt dabei der Usufructuar, so dass sich die Erlöschungsgründe des Niessbrauchs nach wie vor nach seiner Person richten; jedoch hat derjenige, an wel-

§. 154. 1) Cohnfeldt, Die sog. irregulären Servituten nach röm. Recht. Leipzig 1862. — 2) Inst. II. 4. de usufructu; Dig. VII. 1. de usufructu et quemadmodum quis utatur, fruatur; Cod. III. 33. de usufructu et habitatione et ministerio servorum; Vatic. fragm. §. 41 sq. — 3) Paul. l. 1. h. t. VII. 1. — 4) Dig. VII. 9. Usufructuarius quemadmodum caveat. — 5) L. 1. Cod. de usufr. III. 33; l. 7. Cod. ut in possess. legator. VI. 54. — 6) S. §. 157. nr. 8. — 7) S. o. §. 152. nr. II; Arndts, Pand. §. 179. Anm. 4.

chen die Ausübung des Niessbrauchs überlassen ist, nicht bloss ein obligatorisches Recht gegen den Veräusserer, sondern kann auch in dessen Namen kraft des Rechtes der cessio necessaria ohne Weiteres selbst die Klagen und Einreden desselben zum Schutze des Niessbrauchs anstellen[8]). Gegenüber dem Veräusserer selbst schützt ihn sein obligatorisches Recht schon genügend; die von dem Cedens cedirte Servitutenklage ist gegen denselben ebensowenig anwendbar, wie[8a]) eine selbstständige Servituten-Klage oder Einrede, für die es am rechtlichen Fundamente fehlt, weil der Betreffende selbst ja gar kein selbstständiges Servitutenrecht hat.

Wenn Jemand letztwillig einem Anderen einen Niessbrauch zuwendet, damit derselbe ihn an einen Dritten weiter gebe, so ist dieses so anzusehen, als ob der Dritte ein selbstständiges Niessbrauchsrecht und nicht bloss das Recht der Ausübung eines fremden Niessbrauchs hätte. Er muss die Caution leisten, durch seinen Tod, Nichtgebrauch etc. geht der Niessbrauch unter[9]).

1a. In der ersten Kaiserzeit wurde durch ein Sen. cons. gestattet, auch einen ususfructus an einem ganzen Vermögen oder einer Quote desselben zu bestellen. In einem ganzen Vermögen befinden sich aber auch res consumtibiles und Forderungen, und in Bezug auf diese construirten die Juristen nun einen *quasi ususfructus* oder uneigentlichen Niessbrauch[10]). Dabei erhält der Usufructuar das Eigenthum der verbrauchbaren Sachen, haftet daher auch für casuellen Untergang derselben und muss die *cautio usufructuaria* dahin leisten, dass er nach Beendigung des quasi ususfructus tantundem eiusdem quantitatis et qualitatis oder deren aestimatio restituiren werde. Durch die Jurisprudenz wurde, falls keine cautio geleistet war, nach Beendigung des quasi ususfructus aus Billigkeitsgründen eine condictio sine causa gewährt.

Bei dem quasi *ususfructus nominum*[11]), d. h. an Forderungen muss man unterscheiden. Wird dem Schuldner selbst der quasi ususfructus nominum constituirt, so braucht er, so lange er den ususfructus hat, keine Zinsen zu zahlen und erst bei Beendigung des ususfructus das Kapital zurückzuzahlen. Räumt ein Creditor einem Dritten den ususfr. nominis ein, so kann der Usufructuar die Zinsen beanspruchen und bei Fälligkeit oder Unsicherwerden der

8) L. 11. §. 2. de pignor. XX. I. — 8a) Darin ist zwar anderer Meinung Windscheid, Pand. §. 205. Note 4. — 9) L. 9. pr. ususfr. quemadm. VII. 9; l. 4. l. 29. §. 2. quib. mod. ususfr. VI. 4; l. 29. de usu et usufr. XXXIII. 2. Vgl. auch u. §. 157. nr. I. 2. — 10) Dig. VII. 5. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. — 11) Ulp. l. 3. h. t. VII. 1; Papin. l. 24. pr. de usu et usufr. XXIII. 2; l. 4. h. t.

Forderung darf oder muss er dieselbe eintreiben, falls ihm dieses nicht ausdrücklich untersagt ist. Bilden dann res non consumtibiles den Gegenstand, so entsteht ein gewöhnlicher verus ususfructus, andernfalls ein gewöhnlicher quasi ususfructus.

2. Der *usus*, Gebrauchsrecht[12]). Hier erhält der Berechtigte kein Fruchtziehungsrecht, sondern bloss ein Gebrauchsrecht, und auch dieses nur insoweit, als der Usuar für sich und die Seinigen dessen bedarf. Jedoch wenn der ganze Gebrauch der Sache nur in einem Fruchtziehen bestehen kann, wie z. B. bei einem Kartoffelfelde, so ist dem Usuar die Fruchtziehung gestattet, soweit er die Früchte für sich selbst und die Seinigen bedarf. Und wenn ein Landgut zum usus gegeben ist, so darf der Usuar während der guten Monate auf demselben wohnen und die Gärten und Anlagen benutzen, und so lange er auf dem Gute wohnt, auch seine Tafel aus den Früchten des Landguts bestellen; Obst, Blumen und Holz sollen dem Usuar auf seinen Wunsch auch in die Stadt nachgesandt werden[13]). Die Nachsendung von Holz fällt aber bei uns weg, indem man dessen bei uns zum Heizen ganz ungleich mehr bedarf, als in Italien.

Man darf den usus nicht einmal der Ausübung nach auf einen Andern übertragen, es sei denn, dass der Usuar Sachen der betreffenden Art gewerbsmässig zu vermiethen pflegt, so dass dann in dem Vermiethen gerade der usus des Berechtigten besteht; und ausserdem darf man aus Billigkeitsgründen, wenn man einen usus an einem Gebäude hat und man darin wohnt und sich einschränkt, auch einzelne Räume vermiethen. Der Usuar braucht nur dann und nur soweit die Reparaturen vorzunehmen, als er allen Nutzen der Sache erschöpft. Im Uebrigen sind die Verbindlichkeiten des Usuars ganz entsprechend denen des Usufructuars; namentlich muss auch er eine *cautio usuaria* leisten. Der usus ist wie die Realservituten untheilbar.

Auch der usus setzt res non consumtibiles voraus; an res consumtibiles ist kein quasi usus, sondern nur ein quasi ususfructus möglich. Der *usus silvae* wurde von Hadrian dem ususfructus silvae gleich gestellt. Der Servitutderechtigte darf so viel Holz schlagen lassen, als es die Grundsätze der Forstcultur erlauben.

3. Die *habitatio*[14]). Ueber diese waren die Ansichten der röm. Juristen verschieden[15]). Einige verstanden darunter einen usus-

12) Inst. II. 5; Dig. VII. 8. de usu et habitatione; Bechmann, Inhalt u. Umfang der Pers. Serv. des usus. Erlangen 1861. — 13) L. 12. h. t. — 14) Inst. II. 5. Dig. VII. 8. de usu et habitatione; Cod. III. 33. de usufructu et habitatione rel. — 15) Vgl. l. 13. Cod. h. t.

fructus aedium, Andere einen usus aedium, Andere Eigenthum, endlich wieder Andere eine besondere Personalservitut, und die letztere Ansicht ist durch kaiserliche Constitutionen, namentlich durch Justinian recipirt. Diese Servitut gewährt als eine Art Almosen ein Wohnungsrecht, dessen Ausübung wohl titulo oneroso (z. B. durch Verkauf, Vermiethung), nicht aber titulo lucrativo auf einen Anderen überlassen werden kann. Wenn eine habitatio durch Schenkung begründet war, sollten die Erben des Constituenten ein freies Widerrufsrecht haben. Die habitatio erlosch schon vor Justinian nicht durch capitis dimin. minima[16]), und sie erlischt auch nicht durch non usus. Diese beiden Eigenthümlichkeiten galten auch bei den

4. *Operae servorum vel animalium*[17]). Dadurch und dass die Jungen hier nicht an den Servitutberechtigten fielen, unterschied sich diese Servitut vom ususfructus an Sclaven oder Thieren.

§. 155. Von der Begründung der Servituten.

I. Durch *mancipatio*[1]) konnten die 4 alten iura aquarum itinerumque begründet werden.

II. Alle Servituten konnten aber auch direct durch *in iure cessio* begründet werden[2]), d. h. beide Interessenten gingen vor Gericht; der eine vindicirte die Servitut, der andere widersprach nicht, und der Prätor addicirte sie darauf dem Ersteren. Durch in iure cessio konnte auch eine Servitut dem Eigenthümer wieder restituirt werden.

Wenn man seinen bestehenden ususfructus einem Dritten in iure cedirte, so war im alten Recht[3]) die Uebertragung nichtig, obschon der Cedens den ususfructus verlor; nach der späteren milderen Ansicht[4]) war aber das ganze Geschäft nichtig, so dass der ususfructus bestehen blieb[5]).

Im Justinianischen Rechte kommt überhaupt die in iure cessio auch bei Servituten nicht mehr vor, ebenso wie auch nicht mehr die mancipatio.

III. Es konnte eine Personalservitut auch dadurch begründet werden, dass der Eigenthümer bei der Mancipation der Sache sich durch einen Nebenvertrag (deductio) eine solche reservirte. Auch bei der in iure cessio einer Sache konnte so eine quiritische Ser-

16) L. 10. pr. de usu et habit. VII. 8. — 17) Dig. VII. 7. de operis servorum.

§. 155. 1) Gai. II. 29. 33; Vat. fragm. 47. 50. 51. — 2) Gai. II. 28—30. — 3) L. 66. de iure dot. XXIII. 3. — 4) Gai. II. 30. §. 3. Inst. de usufr. II. 4. — 5) Vgl. o. §. 92. S. 182.

vitut durch deductio begründet werden[6]). Ebenso bei Vermächtnissen. Seit der Zeit der Severe konnte auch bei der Tradition einer Sache in das Eigenthum eine servitus tuitione praetoris constituta durch deductio begründet werden, im neuesten Rechte eine volle quiritarische Servitut[7]).

IV. Durch Vertrag (pactio oder stipulatio) und darauf folgende Tradition konnte nach älterem Rechte noch kein dingliches Servitutenrecht, sondern nur ein dem Inhalte einer Servitut entsprechendes Obligationsverhältniss, und zwar durch pactiones ein naturales, durch stipulationes ein civiles klagbares auf den Inhalt einer Servitut gerichtetes persönliches Recht begründet werden, welches dann durch quasi traditio und quasi possessio verwirklicht wurde. Allmählich, zwar noch nicht zur Zeit des Gaius[8]), wohl aber nach späterem klassischem Rechte, zur Zeit des Papinian, Ulpian, Paulus, liess man auf diese Weise eine prätorische Servitut (servitus tuitione praetoris constituta) entstehen. Namentlich geschah dieses wohl zunächst bei praedia provincialia, an denen keine mancipatio oder in iure cessio und daher auch nicht die Begründung civilrechtlicher Servituten möglich war[9]).

Nach Verschwinden der mancipatio und in iure cessio und mit der Ausgleichung des civilen und prätorischen Rechtes im justin. Rechte wurde die Begründung der Servituten durch Vertrag und darauf folgende Quasitradition die regelmässige und nun auch civilrechtliche Begründungsart der Servituten. Durch die quasi traditio der Servitut erlangt man die quasi possessio des Servitutenrechtes. Die Tradition besteht bei Personalservituten in der Einräumung der Detention der res serviens; bei Rusticanservituten in der Gestattung und Vornahme der Ausübung derselben (wenn der Besitz einer serv. faciendi aber per occupationem erworben werden soll, so muss die Handlung, welche die Ausübung der Servitut bilden soll, öfter und regelmässig vorgenommen sein)[10]). Bei servitutes habendi besteht der Erwerb der iuris quasi p. in der Besitznahme des der Servitut unterliegenden Stückes des nachbarlichen Eigenthums; bei serv. prohibendi bedarf es zum Erwerbe des Besitzes derselben durch traditio nichts Weiteres als der Einhaltung des der Servitut entsprechenden Zustandes auf Grund des dieselbe gewährenden

6) Gai. II. 33; Fragm. Vat. 48—50. — 7) L. 33. 36. 54. de usufr. VII. 1; Fragm. Vat. 47. 51; F. Muther, In fr. VI. communia praediorum comment. Erlangen 1858. — 8) Vgl. Gai. II. 31. — 9) Vat. fragm. 61; l. 20. de serv. VIII. 1; §. 4. Inst. de serv. praed. II. 3; §. 1. Inst. de usufr. II. 4; vgl. o. §. 136. nr. VII; Vangerow I. §. 350; Puchta, Instit. II. §. 256. nr. 2. — 10) Vgl. auch §. 156. nr. IV.

Rechtsgeschäftes, also Unterlassung der fraglichen Handlung durch den Herrn der dienenden Sache. (Vom Besitzerwerbe einer servitus prohibendi durch Occupation kann aber nur die Rede sein, wenn der Andere die Handlung, die er in Folge der Servitut unterlassen soll, das factum contrarium, vornehmen wollte und wir ihn daran verhinderten). Bei reservirten Servituten bedarf es wieder nicht der traditio der quasi possessio der Servitut. Und endlich, wenn Jemand von zwei praedia vicina eines veräussert, an dem zurückbehaltenen aber eine Servitut bestellt wird, wobei das veräusserte Grundstück praedium dominans sein soll, so ist keine quasi traditio dieser Servitut nöthig, indem in der Tradition des praedium dominans zugleich eine quasi traditio der Servitut enthalten ist[11]).

Die meisten Neueren behaupten nach dem Vorgange Savigny's (in seinen Vorlesungen, vgl. dens., Besitz §. 45. S. 577. Note 1. der 6. Aufl.), nach neuerem röm. R. könnten Servituten nicht nur durch Vertrag unter Hinzutreten von Tradition (oder, wie Windscheid, Pand. §. 212. Note 1. bemerkt, unter Hinzutreten einer blossen iusta causa), sondern auch schon durch blossen Vertrag begründet werden können. Vgl. Puchta a. a. O., Pand. §. 187, Arndts Pand. §. 188, Keller, Pand. §. 181, Windscheid a. a. O. und die dort Citt. Dagegen s. m. insbes. Vangerow a. a. O. In den Quellen ist wohl die Rede von Begründung (constituere) der Servituten durch Vertrag (§. 4. Inst. de serv. II. 3; §. 1. Inst. de usufr. II. 4; l. 3. pr., l. 25. §. 7. de usufr. VII. 1; vgl. auch l. 14. Cod. de serv. III. 34; l. 12. §. 1. 3. 4. Cod. de aedif. priv. VIII. 10.), und von Begründung derselben durch Tradition (l. 11. §. 1. de Publ. act. VI. 2; l. 25. §. 7. de usufr. VII. 1; l. 1. pr. quib. mod. ususfr. VII. 4; l. 3. si ususfr. VII. 6; l. 20. de serv. VIII. 1; l. 1. §. 2. de S. P. R. VIII. 3.) Nirgends ist aber gesagt, dass blosser Vertrag ohne die Tradition, oder dass die Tradition ohne iusta causa zur Begründung einer Servitut ausreiche. Naturgemäss muss aber wie bei der Tradition von Eigenthum (s. o. §. 144. S. 319.), so auch zur Begründung einer Servitut Beides zusammentreffen; denn was von der Begründung der totalen dinglichen Herrschaft über eine Sache gilt, dasselbe muss consequenter Weise auch von der qualitativ gleichartigen Begründung einer partiellen dinglichen Herrschaft über eine Sache, wie bei den Servituten, der Fall sein. (Warum zur Begründung einer hypotheca blosser Vertrag genügt, darüber vgl. u. §. 168. nr. I. a. E.)

V. Durch *usucapio* konnte man im alten Rechte servitutes praediorum urbanorum in zwei Jahren ersitzen. Eine *lex Scribonia*, vielleicht unter Augustus, hob aber die usucapio solcher Servituten auf und gestattete nur noch die Ersitzung der Freiheit von einer solchen Servitut[12]). Jedoch führte das Bedürfniss dazu, dass das prätorische Recht die Entstehung der Servituten *diuturno usu et*

11) L. 36. 37. de serv. praed. rust. VIII. 3; l. 36. pr. 8. commun. praed. VIII. 4. — 12) Paul. l. 4. §. 29. de usurp. XLI. 3; Ulp. l. 10. §. 1. eod.

longa quasi possessione anerkannte, nämlich dass Servituten dadurch begründet wurden, dass ihre Ausübung mit dem animus ius sibi habendi in nicht vitiöser Weise (d. h. nec vi, nec clam, nec precario) 10 Jahre inter praesentes oder 20 Jahre inter absentes statt fand[13]. Iustus titulus wurde dabei nicht verlangt, und auch positive bona fides brauchte hier nicht vorhanden zu sein. Das Justinianische Recht erkannte dann diese Ersitzung der Servituten auch civilrechtlich an[14]. Das canonische Recht hat daran nur die Aenderung gemacht, dass jetzt bona fides und zwar eine continua vorhanden sein muss; einen iustus titulus dafür hat aber auch das canonische Recht nicht verlangt. Die Praxis lässt auch eine ausserordentliche Servitutenersitzung in 30 Jahren an usucapionsunfähigen Sachen zu.

VI. Der **Richter** konnte schon nach röm. Rechte bei den Theilungsprozessen, sowie demjenigen, welcher ein *iter ad sepulcrum* nöthig hatte[15], und nach heutiger Praxis kann der Richter in jedem Falle, wo Jemand, auch aus irgend einem sonstigen Grunde, eines *Nothweges* bedarf, demselben einen solchen gegen Entschädigung des Eigenthümers zusprechen. Auch kann durch Decret in contumaciam desjenigen, der zur Bestellung einer Servitut obligirt und condemnirt war, die fragliche Servitut für bestellt erklärt werden, und endlich kann durch in integr. restitutio eine verlorene Servitut wiederhergestellt werden.

VII. Durch **letztwillige Verfügung** kann jede Art von Servituten begründet werden[16], wenn nur die nöthigen Voraussetzungen, z. B. für Praedialservituten geeignete praedia vicina vorhanden sind. Hatte der Erblasser das Eigenthum an der res serviens, so entsteht die Servitut unmittelbar im Momente des dies cedens[17]; andernfalls muss der Erbe die Servitut erst bestellen, oder wenn der Eigenthümer der Sache nicht dazu zu bewegen ist, so muss der Vermächtnissnehmer entsprechenden Ersatz erhalten.

VIII. Durch kaiserliche Constitutionen entstanden seit Constantin einige Fälle in Familienverhältnissen, wo **ein ususfructus in Folge gesetzlicher Vorschrift** von selbst begründet wird[18]. So der ususfructus des pater familias an den bona adven-

13) L. 10. pr. si serv. vindic. VIII. 5. — 14) L. 12. Cod. de praescr. l. t. VII. 33. cf. l. 1. 2. Cod. de servit. III. 34; Schönemann, Erwerb und Schutz der Servituten nach röm. Rechte, mit besond. Berücksichtigung der quasi possessio und longa quasi possessio. Berlin 1866. — 15) L. 6. §. 1. de usufr. VII. 1; s. auch o. §. 153. III. 1. S. 352. — 16) Dig. XXXIII. 2. de usu et usufr. legato; XXXIII. 3. de servitute legata. — 17) S. u. §. 278. — 18) L. 1. 3. Cod. de bon. mat. VI. 60; l. 6. pr. Cod. de bonis quae liberis VI. 61; l. 3. pr.; l. 6. §. 1. Cod. de sec. nupt. V. 9; Nov. 117. c. 5.

ticia seiner Kinder, und im Falle der Wiederheirath an den lucra nuptialia statt des bis dahin daran gehabten Eigenthums, welches nun den Kindern aus der früheren Ehe zufällt; der ususfructus der armen Wittwe an ihrer Erbportion, wenn sie zusammen mit ihren eigenen Kindern den Mann beerbt.

§. 156. Die Rechtsmittel zum Schutze der Servituten.

I. Die *actio confessoria* oder *vindicatio servitutis* ist die dingliche Klage, welche der Servitutsberechtigte, dessen Servitut von irgend Jemanden bestritten wird, auf Anerkennung der Servitut, Beseitigung der Störung, Schadensersatz und cautio † de non amplius turbando vel prohibendo anstellt[1]).

Als utilis actio hat diese Klage auch der bonae fidei possessor[2]), Emphyteuta, Superficiar und Faustpfandgläubiger, sowie auch der Usufructuar des praedium dominans, und zwar letzterer wohl als Repräsentant des dominus[3]), nicht, wie Andere[4]) meinen, auf Grund des ususfructus am praedium dominans. Während die anderen dinglichen Klagen nur von dem Nichtbesitzer gegen den Besitzer angestellt werden können, kann dagegen mit der actio confessoria auch von dem Besitzer gegen den Nichtbesitzer geklagt werden.

Der Kläger muss bei der actio confessoria die Bestellung der Servitut und das Eigenthum des Bestellers an der res serviens beweisen. Handelt es sich um eine Praedialservitut, so muss der Kläger auch sein Eigenthum an dem praedium dominans beweisen.

II. Hat der Besteller der Servitut sich daneben noch zu einer obligatorischen Leistung, z. B. zur Ausbesserung des Weges, den er dem Anderen über sein Grundstück gestattete, verpflichtet, so kann er zu dieser Nebenverpflichtung nicht mit der dinglichen actio confessoria, sondern nur mit der persönlichen Klage, die aus jener obligatio hervorgeht, angehalten werden. Aquilius Gallus wollte auch bei der servitus oneris ferendi nur eine actio in personam gegen den Eigenthümer der Mauer zulassen, um ihn dazu zu nöthigen, dass er die Mauer in tragfähigem Stande erhalte. Es wurde aber die Ansicht des Servius die herrschende, wonach die refectio parietis mit der Servitutenklage gefordert werden, jedoch der Eigenthümer sich durch Dereliction der Mauer von jener Verpflichtung befreien

§. 156. 1) Dig. VII. 6. si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur; VIII. 5. si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur; Vatic. fragm. 92; Seitz, Zur Kritik der heutigen Negatorien- und Confessorienklage. Jena 1873. — 2) S. nr. III. — 3) L. unica §. 4. de remiss. XLIII. 25; l. 2. de opos. novi nunt. XXXIX. 1. — 4) Arg. l. 1. pr. l. 5. §. 1. si ususfr. pet. VII. 6.

und nicht genöthigt werden kann, das fremde Haus während der Herstellung seiner Mauer zu stützen [5]).

III. Zum Schutze des gutgläubigen Quasibesitzers einer Servitut, so wie desjenigen, welcher nicht sein Servitutenrecht, sondern nur die nichtvitiöse Ausübung desselben beweisen will oder kann, dient die confessoria actio als *Publiciana* utilis [6]). Der Kläger braucht hier bloss die Bestellung der Servitut zu beweisen, und er siegt damit einem nicht titulirten Besitzer der Sache gegenüber. Der Beklagte kann dawider den Gegenbeweis erbringen, dass die Ausübung eine vitiöse, oder nach canon. Rechte auch, dass sie mala fide geschehen sei. Bei Prädialservituten kann die confessoria auch so als Publiciana vorkommen, dass der Kläger, statt sein Eigenthum am praedium dominans zu beweisen, bloss seinen iustus titulus und damit seine bonae fidei possessio am herrschenden Grundstücke beweist. Für letzteres gibt es zwar keine gesetzlichen Belege, aber es spricht dafür eine unzweifelhafte Analogie.

IV. Für mehrere Servituten gibt es besondere possessorische Interdicte, nämlich:

1. Zum Schutze im Besitze der Wegegerechtigkeiten (iter, actus, via) hat man das *interdictum de itinere actuque privato* [7]). Der Kläger muss beweisen, dass er im letzten Jahre an 30 verschiedenen Tagen die Servitut ausgeübt habe, (*non minus quam triginta diebus*, was *Vangerow* grammatisch unmöglich übersetzte durch: eine mehrmalige Ausübung in der Weise, dass die einzelnen als Beweis vorgebrachten Acte wenigstens 30 Tage auseinander liegen müssten). Der Beklagte kann aber den Beweis jener Ausübung der Servitut dadurch entkräften, dass er beweist, die Ausübung sei vi, clam oder precario geschehen.

Zum Schutze für die Wiederherstellung des Weges hat man ein *interdict. de itinere reficiendo*, muss dabei aber sein Servitutenrecht selbst beweisen und auf Verlangen dem Beklagten cautio de damno infecto stellen.

2. Zum Schutze der Ausübung seiner servitus aquaeductus hat man das *interd. de aqua quotidiana vel aestiva* [8]). Man muss die

5) L. 6. §. 2; l. 8. pr. §. 2. si serv. vind. VIII. 5; l. 33. de serv. praed. urb. VIII. 2.

6) Ulp. l. 11. §. 1. de Publ. in rem act. VI. 2: „Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur; itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam; . . item rusticorum; nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat“; Ulp. l. 1. §. 2. de S. P. R. VIII. 3: „Traditio plane et patientia servitutum inducet officium Praetoris“; l. 1. pr. quib. mod. ususfr. amitt. VII. 4.

7) Dig. XLIII. 19. — 8) Dig. XLIII. 20.

Ausübung, die aber nicht vitiös sein darf, während des letzten Jahres oder bei aqua aestiva während des gegenwärtigen und des vergangenen Sommers nachweisen; beim interd. de aqua quotidiana auch seine bona fides.

Zum Schutze bei der Reparatur des aquaeductus hat man das *interdictum de rivis*[9]). Für dieses braucht der Kläger nur einen fehlerfreien Besitz im letzten Jahre nachzuweisen, nicht auch die bona fides und noch weniger das Servitutenrecht.

3. Um sich im Besitze des *aquae haustus* zu schützen, hat man das *interd. de fonte*[10]), wenn man die quasi possessio während des letzten Jahres, die aber keine vitiöse sein darf, beweist.

Zum Schutze der Ausbesserung oder Reinigung des Brunnens hat man das *interd. de fonte reficiendo* unter denselben Voraussetzungen.

V. Diejenigen Personalservituten, bei welchen mit der quasi possessio des Servitutenrechts eine Detention der res serviens verbunden ist, haben zu ihrem Schutze *utiliter* die *interdicta retinendae et recuperandae possessionis*: interd. *Uti possidetis utile*, oder *Utrubi utile*, *interd. de vi utile*, *de precario utile*[11]). Die Praxis hat dieselben Interdicte auch für alle Servituten zugelassen, für welche kein besonderes possessorisches Schutzmittel gegeben ist.

VI. Im classischen Rechte gab der Prätor auch noch ein im neueren Rechte verschwundenes Interdictum *Quem usum fructum* vindicare velit, welches wie das Interdictum *Quem fundum*[12]) bald adipiscendae, bald recuperandae possessionis, und diesem Interdicte überhaupt analog war. Es diente dem Usufructuar zur Erlangung der Detention der res serviens, wenn der von ihm mit der actio confessoria auf Anerkennung des ususfructus belangte Beklagte sich gegen diese nicht gehörig vertheidigte[13]).

§. 157. Die Beendigung der Servituten[1]).

Diese erfolgt:

I. Durch Untergang des berechtigten Subjekts, also

1. Bei Personalservituten durch den Tod des Berechtigten, und auch durch *capitis diminutio* desselben. Jedoch seit Justinian

9) Dig. XLIII. 21. — 10) Dig. XLIII. 22. — 11) S. o. §. 150. VII. IX. S. 345 ff. — 12) S. o. §. 150. nr. VIII. — 13) Vat. fragm. §. 92; cf. l. 60. §. 1. de usufr. VII. 1; l. 52. §. 2. de acq. vel am. poss. XLI. 2.

§. 157. 1) Gai. III. 83; Paul. S. R. I. 17. III. 6. §. 28 sqq.; §§. 3. 4. Inst. de usufr. II. 4; pr. Inst. de usu. II. 5; Dig. VII. 4. quibus modis ususfructus vel usus amittitur; VIII. 6. quemadmodum servitutes amittuntur.

erlosch überhaupt keine Personalservitut mehr durch capitis diminutio minima [2]).

2. Erhielt Jemand einen Niessbrauch für sich und seine Erben constituirt, so erben die Letzteren nicht den Niessbrauch, den früher ihr Erblasser hatte, sondern sie erhalten einen neuen ex re integra [3]). Wenn ein Hauskind einen Niessbrauch erwirbt, der dem Vater zufällt, so soll eigenthümlicher Weise die Servitut erst durch den Tod Beider, des Vaters und des Kindes, erlöschen [4]).

3. Die Servituten juristischer Personen erloschen durch Ablauf von 100 Jahren [5]), nach neueren Gesetzgebungen der ususfructus einer juristischen Person regelmässig schon nach 30 Jahren, andere Servituten juristischer Personen nicht mehr durch blossen Ablauf einer gewissen Zeit.

4. Praedialservituten erlöschen durch Untergang des praedium dominans. Wird aber ein zerstörtes Gebäude, welches praedium dominans war, wieder errichtet, so lebt die Servitut für dieses wieder auf [6]).

II. Durch physischen oder juristischen Untergang der res serviens. Steht ein Gebäude im Niessbrauch, so erlischt derselbe mit Untergang des Gebäudes definitiv [7]). Ist aber der ususfructus an einem unbebauten Platze begründet, so ist derselbe an dem darauf errichteten Gebäude nicht mehr begründet, sondern er erlischt mit der Errichtung des Gebäudes, lebt aber wieder auf, wenn das Gebäude zu Grunde geht, es sei denn, dass der Usufructuar bereits abgefunden wäre [8]).

III. Durch Eintritt einer Resolutivbedingung oder eines *dies ad quem* [9]). Bei Realservituten war eine beigefügte Resolutivbedingung oder dies ad quem civilrechtlich ungültig, aber Billigkeits halber liess man später auch hier eine Resolutivbedingung und einen Endtermin zu; nur sollte durch deren Eintritt die Servitut nicht ipso iure erlöschen, sondern der Herr des praedium serviens sollte sich nur durch eine exceptio doli gegen die Fortdauer der Servitut schützen können [10]). Wenn eine Servitut bis dahin begründet ist, dass eine dritte Person ein bestimmtes Alter erreicht habe und jene Person stirbt, so bleibt die Servitut fortbestehen; als wenn jene Person noch lebte, und wenn eine Ser-

2) L. 16. §. 2. Cod. de usufr. III. 33. — 3) L. 5. pr. h. t. VII. 4; l. 38. de V. O. XLV. 1. — 4) L. ult. Cod. de usufr. VII. 1. — 5) L. 56. de usufr. VII. 1; l. 8. de usu et usufr. legato. XXXIII. 2. — 6) L. 20. §. 2. de servit. praed. urb. VIII. 2. — 7) L. 5. §. 2. quib. mod. usufr. amitt. VII. 4. — 8) L. 36. pr., l. 71. de usufr. VII. 1; l. 5. §. 3. l. 6. 7. quib. mod. ususfr.; l. 9. pr. si servit. vind. VIII. 5. — 9) L. 16. quib. mod. ususfr. VII. 4; l. 5. Cod. de usufr. VII. 1. — 10) L. 4. pr. de servit. VIII. 1.

vitut von einem Ereigniss in der Person eines Dritten abhängig gemacht ist, das incertum an et quando ist, und jene Person stirbt vor Eintritt jenes Ereignisses, so soll nach der Entscheidung Justinian's[11]) die Servitut fortlaufen, wie wenn gar keine Resolutivbedingung gesetzt wäre.

IV. Durch Endigung des dinglich seiner Dauer nach beschränkt gewesenen Rechtes des Bestellers[12]).

V. Durch *confusio* (bei Realservituten) oder *consolidatio* (bei Personalservituten), d. h. dadurch, dass der Eigenthümer das Servitutenrecht oder umgekehrt der Servitutberechtigte das Eigenthum der res serviens hinzu erwirbt.

VI. Der gesetzliche Niessbrauch des Hausvaters erlischt mit Aufhören der *patria potestas*. Jedoch bei der emancipatio behielt der Vater die Hälfte des ususfr. paternus als Prämie[13]).

VII. Durch Verzicht können alle Servituten erlöschen; aber bei Urbanservituten muss der Verzicht in ein zweiseitiges, die Freiheit von der Servitut begründendes Rechtsgeschäft eingekleidet werden; bei allen übrigen Servituten genügt einseitige Dereliction.

VIII. Durch *non usus* während einer bestimmten Zeit erlöschen alle Servituten (mit Ausnahme des iter ad sepulcrum, der habitatio und der operae servorum, sowie des ususfructus alternis annis vel mensibus legatus, weil hier mit jedem neuen Jahre oder Monate ein neuer ususfructus mit dem neuen dies cedens eintritt)[14]). Jedoch bei Urbanservituten war, weil durch sie das Eigenthum nicht bloss beschränkt, sondern wirklich gemindert wird, stets eine *usucapio libertatis* von Seiten des Eigenthümers des praedium serviens (und nach canon. Rechte auch mit bona fides) nöthig, d. h. während der Verjährungszeit muss das servitutpflichtige praedium sich in einem die Servitut ausschliessenden Zustande befinden, z. B. die Maueröffnung für das einzulassende tignum oder das Vordach zum stillicidium über das Nachbar-Grundstück beseitigt, oder höher gebaut sein, als es zufolge des Servitutenrechts des Nachbars hätte geschehen dürfen u. dgl. Die Frist betrug im alten Rechte 1 oder 2 Jahre, je nachdem die res serviens eine Mobilie oder Immobilie war. Justinian setzte die Dauer der Servitutenverjährung auf die Zeit von 10 Jahren inter praesentes und von 20 Jahren inter absentes fest; und wenn die Servitut nur in Zwischenräumen von 24 Stunden ausgeübt werden

11) L. 12. Cod. de usufr. III. 33. — 12) S. o. §. 140. nr. V. S. 310 ff. — 13) S. u. §. 238. nr. V. — 14) L. 28. quib. mod. ususfr. amitt. VII. 4.

kann, so verlangte er stets den Zeitraum von 20 Jahren[15]. Schon ein theilweiser Gebrauch der Servitut schliesst die Erlöschung durch non usus aus. Nur der ususfructus kann, weil er eine theilbare Servitut ist, theilweise untergehen. Hat man die Ausübung seines ususfructus vermiethet oder verkauft, so geht er durch den non usus des Stellvertreters nicht unter; wohl aber, wenn man dem Stellvertreter gratis die Ausübung des ususfructus überliess und dieser keinen Gebrauch davon machte.

15) L. 7. D. h. t. VIII. 6; l. 16. Cod. de usufr. III. 33; l. 13. Cod. de serv. III. 34.

Kapitel III.

Die Emphyteusis und die Superficies.

I. Die Emphyteusis[1]).

§. 158. Geschichtliche Entwickelung derselben.

I. Den ager publicus überliessen die Römer grösstentheils gegen eine jährliche Abgabe *(vectigal)* an Private zur Bebauung. Die Verpachtung geschah auf lange Zeit, von 5 bis zu 100 Jahren, allmählich meistens in perpetuum auf so lange, als der Grundzins gehörig bezahlt würde[2]). In ähnlicher Weise fingen später Städte und Priestercollegien an, Grundstücke gegen ein vectigal an Einzelne zu verpachten[3]). Der Prätor gab den Vectigalpächtern das prohibitorische *interd. de loco publico fruendo* gegen jedwede Störung der Benutzung; allmählich auch[4]) eine dingliche *vindicatio utilis* oder *vectigalis actio* auf Anerkennung des Pachtrechtes gegen jeden Dritten, wie gegen den Verpächter, gegen welchen übrigens

1) Festus v. vectigal; Gai. III. §. 145. IV. 27; §. 3. Inst. de locat. III. 24; Dig. VI. 3. si *ager vectigalis id est emphyteuticarius* petatur; Cod. IV. 66. de iure emphyteuticario; Theod. Cod. X. 3. de locatione fundor. iur. emphyteutici et rei publ. et templorum, cum comment. Gothofredi ad h. tit. und besonders Theod. Cod. genuini titt. XIII. 14. lib. V; Iust. Cod. XI. 59. (60.) de fundis limitrophis, bis XI. 61. (62.) de fundis patrimonialibus et emphyteuticis; Nov. 55. c. 2; Nov. 7. c. 3. §. 2; Nov. 120. c. 8. — Arndts in Weiske's Rechtslex. (1844) III. S. 849—84; Ders. Ges. civ. Schriften. Bd. 1. S. 210 ff.; Schmid, Handb. des gegenw. geltenden gemeinen deutsch. bürgerl. Rechts. Leipz. 1848. Bd. II. S. 1—57.

§. 158. 2) L. 16. de servit. VIII. 1; l. 31. de pign. XX. 1; l. 71. §. 5. 6. de legat. I. (XXX); l. 10. fam. herc. X. 2. — Verschieden von dem vectigal ist die besondere Grundsteuer der possessores, die in den provinciae populi Romani *stipendium*, in den prov. Caesaris *tributum* hiess. Gai. II. 7. 21.

3) Hyginus de conditt. agror. ed. Lachm. p. 117., ap. Goës. p. 205. 206: „Virginum quoque Vestalium et sacerdotum quidam agri vectigalibus redditi sunt et locati. — — Solent vero et hi agri accipere per singula lustra mancipem: sed et annua conductione solent locari.“

4) L. 1—3. h. t. VI. 3.

auch eine Personalklage aus dem Contracte begründet war. Auch erhielten die Vectigalpächter die Servitutenklage, die Grenzregulirungsklage, die actio aquae pluviae arcendae u. s. w.[5]). Man legte diesen Vectigalpächtern abgeleiteten juristischen Besitz an dem ager vectigalis bei und liess sie die Früchte desselben durch Separation zu Eigenthum erwerben. Im gewöhnlichen Leben betrachtete man nun einen solchen Pächter wie einen Eigenthümer, aber die Juristen sagten, er sei blosser Pächter[6]), nicht dominus[7]), obschon sie wegen der vom Prätor gewährten actio in rem auch bereits die Dinglichkeit des Rechts herausfühlten[8]).

II. Seit dem 3. Jahrhundert nach Christus[9]) entstand im oströmischen Reiche unter dem Namen *emphyteusis* ein der Sache nach ganz gleiches Rechtsverhältniss dadurch, dass hier kaiserliche und fiscalische Grundstücke, später auch Güter der Kirche, der Städte und auch Privater gegen eine bestimmte, gewöhnlich jährlich zu entrichtende *pensio*, *canon*, in Erbzinspacht oder in lange Zeitpacht gegeben wurden, ursprünglich hauptsächlich noch nicht urbar gemachte Grundstücke (daher der Name emphyteusis, abgeleitet von ἐμφυτεύειν = anbauen), allmählich aber auch bereits angebaute Ländereien[10]). Man stritt nun aber darüber, ob das Recht des Emphyteuta eine locatio-conductio oder in Folge einer emtio-venditio Eigenthum sei. Kaiser Zeno[11]) entschied, der *contractus emphyteuticarius* sei ein besonderer Consensualcontract[12]), und die Emphyteusis sei ein besonderes dingliches Recht, bei welchem alles particulare damnum den Emphyteuta treffe, d. h. derselbe könne keine remissio mercedis beanspruchen, wenn ihm die Früchte vor der Perception durch casus untergingen, (der Pächter hat in diesem Fall eine remissio mercedis) und der canon werde nicht vermindert, wenn der ager emphyteuticarius durch casus verringert werde. Dadurch wurde die *emphyteusis* ein Institut des neueren Civilrechtes. Justinian verschmolz mit derselben das sachlich nicht davon verschiedene Institut des ager vectigalis[13]).

§. 159. Das geltende Recht der Emphyteuse.

I. Die *emphyteusis* ist das dingliche, vererbliche und veräusserliche Recht auf eigenthumsgleiche Benutzung eines fremden prae-

5) L. 5. §. 3. arbor. furt. caes. XLVII. 7. — 6) Gai. III. 145. — 7) Paul. l. 1. §. 1. Dig. h. t. — 8) Ulp. l. 71. §. 5. 6. de legatis I. (XXX). — 9) Vgl. l. 3. §. 4. de reb. eor. qui sub tutela. XXVII. 19. — 10) C. 9. 10. Cod. fund. patrim. XI. 61; c. 1. 9. 12. 20. Cod. Theod. de extraord. mun. XI. 16; Cod. Th. tit. de locatione fundorum iuris emphyteutici et rei publicae et templorum X. 3. und dazu Gothofred. paratitt. — 11) L. 1. Cod. h. t. IV. 66. — 12) S. u. §. 189. — 13) S. die Rubrik von Dig. VI. 3. cit.

dium rusticum, unter der Verpflichtung, dieses nicht zu verschlechtern und an den Eigenthümer eine gewisse jährliche Abgabe (canon, pensio) zu zahlen. Es kann die Emphyteusis auch Mehreren gemeinsam zustehen; sie darf aber nicht ohne Zustimmung des Eigenthümers reell unter diesen getheilt werden[1].

II. Die *emphyteusis* entsteht 1. unter Lebenden durch den *contractus emphyteuticarius*, zu welchem freilich noch traditio hinzukommen muss, weil durch blossen Vertrag kein dingliches Recht begründet werden kann[2]. Dieser Contract ist durch blossen Austausch des Consenses perfect, bedarf keiner besonderen Form, und nur wenn accidentalia negotii ausbedungen werden, sowie bei kirchlichen Grundstücken ist Schriftlichkeit nothwendig. 2. Durch Vermächtniss kann der Testator an seinem Grundstück unmittelbar eine Emphyteusis begründen. 3. Die Begründung der Emphyteusis durch Verjährung wird in den Quellen nicht erwähnt. Eine directe Ersitzung ist nach röm. Rechte nicht möglich, weil es hier nicht eine quasi iuris possessio des emphyteuticarischen Rechtes gibt[3], sondern der Emphyteuta nur einen abgeleiteten juristischen Besitz an dem ager emphyteuticarius hat. Nach canonisch-germanischen Grundsätzen kann allerdings eine iuris quasi possessio angenommen und damit dann auch eine directe Ersitzung wie bei den Servituten zugelassen werden. Die Praxis lässt aber eine ausserordentliche Ersitzung der Emphyteusis durch 30jährige Verjährung der actio negatoria zu, und denkbar ist es auch, dass ein Dritter auf Grund eines von ihm bona fide mit einem Anderen geschlossenen auf Eigenthumsübertragung gerichteten Geschäftes den bisherigen Eigenthümer als Emphyteuta behandelt und durch diesen als seinen Stellvertreter das Grundstück besitzt und so durch Ersitzung das Eigenthum deducta emphyteusi erwirbt[4].

III. Der Emphyteuta darf das Grundstück verändern, nur nicht deterioriren; er erhält für Meliorationen (ἐμπονήματα) keine Vergütung, erwirbt die Früchte durch Separation, muss die öffentlichen Lasten und Abgaben tragen, und dem dominus die Quittungen darüber aushändigen, den festgesetzten canon zahlen, und bei Veräusserung des Rechtes muss er solche dem dominus anzeigen, und dieser kann sich den Eintritt eines ganz unfähigen Emphyteuta verbitten, und beim Verkauf muss er dem dominus ein binnen 2 Monaten auszuübendes Vorkaufsrecht (ius protimiseos) einräumen, oder wenn der dominus hiervon keinen Gebrauch macht, muss er dem-

§. 159. 1) L. 7. pr. comm. divid. X. 3. — 2) Vgl. o. §. 144. — 3) Was aber manche Neueren unrichtig annehmen. Vgl. o. §. 136. S. 292. — 4) Vgl. Vangerow I. §. 360.

selben 2% (quinquagesima, † laudemium) des Kaufpreises oder bei anderweitigen Veräusserungen 2% des Schätzungswerthes des emphyteutischen Rechts (jedoch im Falle der Universalsuccession ist keine quinquagesima begründet) bezahlen (die nach der Praxis im Zweifel von dem neuen Emphyteuta, zugleich zum Zeichen der Anerkennung des Rechtes des Eigenthümers, nach röm. Rechte eigentlich jedoch als Preis für die Einwilligung in die Veräusserung vom bisherigen Emphyteuta gezahlt werden müssen)[5].

Zu seinem Schutze hat der Emphyteuta utiliter alle Rechtsmittel des Eigenthümers[6], wesshalb man ihm, ebenso wie dem Superficiar, früher sogar ein † dominium utile zuerkennen wollte[7].

IV. Die Emphyteusis erlischt: 1. durch völligen Untergang des ager emphyteuticarius; 2. durch confusio, d. h. wenn der Eigenthümer die emphyteusis, oder der Emphyteuta das Eigenthum erwirbt; 3. durch erblosen Tod des Emphyteuta. Es tritt dann Heimfall des Grundstückes an den dominus ein; 4. durch Eintritt einer Resolutivbedingung oder eines Endtermines. 5. Eine eigenthümliche Erlöschung ist die *privatio* des Emphyteuta, auf welche der dominus klagen kann, wenn ersterer während drei Jahren (oder bei kirchlichen Grundstücken nach canon. Recht[8]) während zwei Jahren) den Canon nicht zahlt[9]), oder während drei Jahren die öffentlichen Abgaben nicht entrichtet, oder das ius protimiseos des dominus umgeht (wenn aber bloss die quinquagesima nicht gezahlt wird, kann nur auf deren Entrichtung geklagt werden), und endlich bei der Emphyteuse an kirchlichen Grundstücken auch wegen Deterioration derselben. 6. Die Praxis erlaubt auch einen einseitigen Verzicht auf die Emphyteusis[10]). 7. Durch Verjährung kann die emphyt. untergehen, wenn der Emphyteuta selbst oder sein Nachfolger in Folge eines mit dem vermeintlichen dominus geschlossenen Eigenthum übertragenden Geschäftes, oder wenn ein Dritter gegenüber dem dominus emphyteuseos sowie gegenüber dem Emphyteuta das Eigenthum frei von der Emphyteusis ersitzt, oder endlich durch 30jährige Klagenverjährung des Emphyteuta.

V. Verschieden von der namentlich an kirchl. Grundstücken noch häufig vorkommenden Emphyteuse ist das erbliche Colonat- oder Erbpachtverhältniss, ein besonderes deutschrechtliches, dingliches, vererbliches Nutzungsrecht an einem Bauerngute. Der Colone kann nicht letztwillig über sein Recht verfügen und darf dasselbe ohne Genehmigung des Herrn nicht

5) L. 3. Cod. h. t. IV. 66; vgl. Glück, Erläut. der Pand. Bd. VIII. §. 613. — 6) S. o. §. 150. — 7) S. o. §. 140. I. S. 304. — 8) C. 4. x. de locat. et conduct. III. 18. — 9) Iust. l. 2. Cod. de iure emphyt. IV. 66. — 10) Glück, Erläut. der Pand. Bd. 8. S. 532.

veräussern oder belasten. Eine Veräusserung unter Lebenden ohne Einwilligung des Herrn ist jedoch nicht absolut nichtig, nämlich nicht gegenüber dem Veräusserer, sondern nur gegenüber dem Herrn. Ein laudemium ist beim Colonate nicht zu präsumiren. Schulden des Colonen ergreifen das Colonatrecht nicht, es sei denn, dass der Herr in die Schuld eingewilligt habe.

VI. Ein im Zweifel nicht vererbliches, deutschrechtliches, dingliches Nutzungsrecht an einem Bauerngute ist das Landsiedelrecht. Dasselbe ist widerruflich für den Fall, dass der Herr selbst das Gut anbauen will, wo dieser dann aber dem Landsiedler Ersatz für sein dingliches Recht und die Meliorationen gewähren muss. Der Landsiedler ist insofern beschränkter als der Colone, als er die superficies nicht umgestalten darf. Er darf aber sein Recht verkaufen, jedoch hat der Herr dabei ein Vorkaufsrecht. Vererblich ist das Landsiedelrecht nur dann, wenn die Verleihungsurkunde oder Particular-Gesetz oder Gewohnheit dieses zugestehen.

§. 160. II. Die Superficies oder das Bodenzinsrecht[1]).

I. *Superficies* (superficium, superficiarium praedium, superf. aedificium, superf. aedes) ist das veräusserliche und vererbliche, theilbare, durch das prätorische Recht eingeführte dingliche Recht auf eigenthumsgleiche Benutzung eines fremden Gebäudes oder Stockwerkes oder sonstigen Bauwerkes, z. B. an einer auf fremdem Grund und Boden errichteten Mauer zur Umschliessung unseres Gartens, an einem Keller auf fremdem Grund und Boden (sog. Kellerrecht). (Superficies bezeichnet jedoch im weiteren Sinne Alles, was über dem Grund und Boden sich erhebt und mit ihm in wirklicher Cohaerenz steht, auch den Baum oder andere Pflanzungen. Manche[2]) erklären daher das Superficiarrecht sogar an Bäumen und anderen Pflanzungen für möglich. Von dieser Anwendung des Superficiarrechtes kommt aber in den Quellen nichts vor, und ein solches Recht steht auch in keiner Verbindung mit der historischen Entwickelung des superficiarischen Rechtes.)

II. Die superficies entwickelte sich nicht, wie die emphyteusis, aus der altrepublikanischen Behandlung des ager publicus, sondern erst in der Kaiserzeit durch die prätorische Jurisdictionspraxis mit Rücksicht auf die gesteigerten Verkehrsverhältnisse und die Wohnungsnoth in Rom, besonders seit dem Neronischen Brande (64 n. Chr.).

§. 160. 1) Dig. XLIII. 18. de superficiebus. Vgl. Cod. XI. 69. de diversis praediis urbanis et rusticis templorum et civitatum, et omni iure civili, und die von Rudorff in der Ztschr. f. gesch. Rechtswissenschaft XI. 219 ff. und von Mommsen ebendas. XV. 335 ff. erläuterte römische Urkunde aus dem Jahre 193 n. Chr.; Schmid a. a. O. (s. o. S. 368.) II. S. 57—85; Degenkolb, Platzrecht u. Miethe. Berlin 1867; Wächter, Das Superficiar- oder Platzrecht (Samml. der Abhandl. der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig. I. Bd.) Leipzig 1868. S. 1—256.

2) Z. B. auch Wächter l. c. §. 7. S. 49 ff.

III. Der Superficiar hatte bei den Römern gewöhnlich das Gebäude selbst errichtet. Regelmässig hat er desshalb ein unbeschränktes Dispositionsrecht über die superficies, und darf er sie auch deterioriren, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich oder nach Lage etwaiger besonderer Verhältnisse stillschweigend festgesetzt ist.

IV. Der Superficiar ist bei Veräusserung seines Rechtes nicht an die Beschränkungen des Emphyteuta gebunden.

V. Er hat wie der Emphyteuta alle Rechtsmittel des Eigenthümers utiliter, jedoch statt des interd. Uti possidetis das *interd. de superficiebus*, welches aber materiell dem interd. Uti possidetis ganz gleich steht.

VI. Der Eigenthümer erhält gewöhnlich eine jährliche Miethe (solarium, pensio), jedoch ist dieses nur in dem Falle wesentlich, wo die superficies durch locatio-conductio oder in perpetuum begründet ist.

VII. Es gibt keinen besonderen contractus superficiarius, sondern die superficies kann (auf immer oder auf lange Zeit, bei den Römern gewöhnlich auf 100 Jahre) durch Kauf, Miethe, Schenkung, überhaupt durch jedes inter vivos zur Uebertragung von Rechten geeignete Geschäft mit darauf folgender traditio begründet werden. Im Uebrigen sind die Entstehungsgründe denen der emphyteusis gleich. Es kann namentlich auch durch Vermächtniss eine superficies begründet werden, und auch eine Entstehung durch Verjährung ist in derselben Weise, wie bei der Emphyteusis möglich. Auch bezüglich des Besitzes gilt hier dasselbe, wie von der Emphyteusis [3]).

VIII. Die Erlöschungsgründe der superficies sind denen der emphyteusis gleich, nur dass von keiner privatio die Rede sein kann, es sei denn, dass für den Fall der Nichtbezahlung eines ausbedungenen Bodenzinsgeldes (solarium) bei Begründung der superficies ausdrücklich ein solches Privationsrecht in der Form einer Resolutivbedingung festgestellt wäre; wenn dagegen diese Resolutivbedingung nicht aufgestellt ist, so kann nur nach Analogie der Miethe gekündigt werden, falls der Miethszins während zwei Jahren nicht gezahlt wurde, so dass dann letztenfalls die Superficies erst in Folge der Kündigung, nicht wie die Emphyteuse bei der Privation ipso iure erlischt.

3) Vgl. o. S. 370.

Kapitel IV.

Von einigen deutschrechtlichen Sachenrechten.

§. 161. Reallasten, Zwangs- und Bannrechte, Näherrecht, Regalien.

Das deutsche Recht und zum Theil auch das canonische Recht kennt noch eine Reihe mit dem Besitz von Grundstücken zusammenhängender Rechte und Lasten, welche dem römischen Rechte fremd sind, und theils einen dinglichen, theils einen obligatorischen Charakter tragen. Wir wollen dieselben im Folgenden kurz darstellen[1]:

I. Die Reallasten.

1. Reallast ist eine auf einem Grundstücke haftende, jeden Besitzer des Grundstücks verpflichtende, untheilbare (also wenn mehrere pro indiviso das pflichtige Grundstück besitzen[1a]), nach der Wahl des Berechtigten von dem Einen oder dem Anderen ganz zu tragende) Last, welche sich zu Gunsten des Berechtigten in einem directen Anspruche auf (periodisch oder auch nicht periodisch)[2]) wiederkehrende Leistungen positiver Art (einem facere oder dare) äussert. Die Leistungen sind entweder a) Gefälle, d. h. in Naturalien oder Geld bestehende Gaben, bald mit einem quantitativ genau bestimmten Inhalte[3]), bald mit einem quantitativ nicht ein für allemal bestimmten Inhalte, oder b) Dienstleistungen (operae).

2. Von den Reallasten gehören die Grundsteuern und die Deichlast dem öffentlichen Rechte an, die übrigen dem Privatrechte. Es gibt aber keine geschlossene Zahl derselben, wie ältere Juristen annehmen. Die wichtigeren haben zwar feste technische Namen.* Dahin gehören:

a) Die Zehnten, d. h. das periodisch wiederkehrende Recht an einem Grundstücke auf einen quoten (gewöhnlich den zehnten) Theil der Erträgnisse an Früchten (Feldzehnt) und Vieh (Blutzehnt) oder auf ein Surrogat in Geld.

§. 161. 1) Wir benutzen bei dieser Darstellung ausser den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts von Gerber, Walter und Beseler, namentlich auch das sehr ausführliche Collegienheft von Geh. R. Prof. Renaud zu Heidelberg, dessen Definitionen wir uns im Wesentlichen angeeignet haben.

1a) Oft wird dann mit Einwilligung des Berechtigten der eine Theilnehmer als der bestimmt, der zunächst die Last tragen soll (sog. Zinsträger), so dass dann die übrigen Theilbesitzer erst in subsidium haften.

2) Die Wiederkehr der Leistungen ist z. B. eine periodische bei den Zehnten, eine nicht periodische bei dem laudemium. — 3) So bei den Grundzinsen.

b) Die Grundzinsen, d. h. wo der Berechtigte von dem Besitzer des verpflichteten Grundstücks periodisch wiederkehrende nach Gegenstand und Mass bestimmte Abgaben verlangen kann.

c) Die Frohnden, d. h. der Berechtigte hat wiederkehrenden Anspruch auf Leistung gewisser gemeiner Dienste, die ohne Kunstfertigkeit geleistet werden können.

d) Das *laudemium* (Lehnwaare, Weinkauf, Handgeld, Ehrschatz) ist eine oft bei Bauerngütern vorkommende Abgabe, die bei einer Veränderung in der Person des Besitzers, mitunter auch bei der in der Person des Herrn zu entrichten ist. Nur wenn dieses bei zum Eigenthum besessenen Gütern als Vogteilast vorkommt (wie bei den schlechten Zinsgütern in Sachsen), ist es eine Reallast. (In Preussen wurde durch das Gesetz vom 2. März 1850 §. 36—49. das Laudemium für Besitzveränderungen in der hrrrschenden Hand ohne Entschädigung aufgehoben; für die in der dienenden Hand die Abschätzung in Geld angeordnet, um die Ablösbarkeit zu bewirken).

e) Das *mortuarium* (Besthaupt, Sterbefall) ist eine oft bei Bauerngütern vorkommende Abgabe von dem beweglichen Nachlass des Bauern, welche in einem quoten Theile, oft auch nur in einem Stück Vieh oder dem besten Kleide besteht. Es ist gewöhnlich ein persönlicher Anspruch, welcher sich ursprünglich auf die Hörigkeit (Leibeigenschaft) der Verpflichteten stützte, später aber auf die vertragsmässigen Landsiedel- und Erbzinsgüter übertragen, jedoch mitunter auch zu einer vogteilichen Last und in diesem Falle zur Reallast gemacht wurde. (In Preussen wurde das Mortuarium durch das Gesetz vom 2. März 1850 ohne Entschädigung aufgehoben. In Hanover und Kurhessen wurde es als ablösbar erklärt).

f) Die Grundsteuern.

g) Die Deichlast, d. h. die Verpflichtung der Eigenthümer cultivirter und nicht schon durch ihre hohe Lage von selbst geschützter Grundstücke, sich an der Errichtung und dem Unterhalte von Deichen, d. h. Dämmen zum Schutze gegen Ueberschwemmung, zu betheiligen. Mit der Deichlast hängt gewöhnlich noch die Siellast zusammen, d. h. die Verpflichtung der Grundeigenthümer, Siele, d. h. Kanäle zum Abzuge für das Wasser hinter den Deichen zu errichten und zu unterhalten.

3. Eine Anzahl von Verhältnissen, die man früher zu den Reallasten zählte, sind aber von denselben auszuscheiden. So die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen, die nicht jedem Grundbesitzer, sondern nur gewissen Personen obliegen, wie der canon des Emphyteuta, Erbpächters u. Landsiedlers und der Frohndienst. Ferner sind auch keine Reallasten die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen, die nicht auf einem Grundstücke, sondern auf einer Gemarkung haften, wodurch also jeder Einwohner, nicht bloss der Grundbesitzer verpflichtet ist, z. B. bei den Bannrechten. Die Bannrechte[4]) sind Rechte, kraft deren man von Einwohnern eines gewissen Bezirkes verlangen kann, dass sie gewisse Lebensbedürfnisse bei keinem Anderen als dem Berechtigten anschaffen oder bereiten lassen. (Dahin gehört namentlich der Mahlzwang oder Mühlenbann, der Backofenzwang, Bierzwang u. dgl.) Dabei sind gewisse Ausnahmen von diesen Rechten, namentlich für Rittergüter in dem Bannbezirke, möglich.

4) Vgl. Walter, Deutsch. Privatr. §. 491—93; Brunner, Art. Bannrecht in Holtzendorff's Encyclop. Bd. 2. S. 157. der 2. Aufl.

Das Bannrecht schliesst aber überhaupt nicht das Recht der eigenen Zubereitung für sich selbst aus. Es kommt gewöhnlich als Realrecht vor, das einer persona incerta, d. h. dem jedesmaligen Inhaber einer gewissen Mühle, eines gewissen Backofens, oder einer Brauerei etc. zusteht. Die Deutsche Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869 hat jetzt die Bannrechte vom 1. Jan. 1873 an theils für aufgehoben, theils für ablösbar erklärt[5]).

Auch sind keine Reallasten die Verpflichtungen zu wiederkehrenden Leistungen, die nicht unmittelbarer, selbstständiger Gegenstand einer Klage sind. Wenn wir den Besitzer eines Grundstückes nur durch Androhung, das an dem Grundstücke uns zustehende Pfandrecht auszuüben, zu einer gewissen obligatorischen Leistung zwingen können, so ist dieses keine Reallast. Ebenso wenig liegt eine solche vor, wenn Jemand das Eigenthum an einem Grundstücke unter der Resolutivbedingung erworben hat, dass, wenn er den auf das Grundstück gelegten Zins nicht zahle, das Eigenthum zurückfallen solle.

4. Die Reallasten können als persönliches Recht und als Realrecht vorkommen. Erstenfalls sind sie im Zweifel vererblich und veräusserlich.

5. Weil die Reallasten auf dem Grundstücke haften, kann sich stets jeder Reallastpflichtige durch Aufgabe des pflichtigen Grundstücks von der Reallast frei machen. Unterlassung des Anbaues oder Verbauen des pflichtigen Grundstücks hat keinen Einfluss, wenn die Reallast in Geldprästationen besteht; geht die Last auf Theile der Erzeugnisse des Grundstücks, so hat der willkürlich unterlassene Anbau bei gutsherrlichen Reallasten oft zufolge Vertrags Consolidation zur Folge und particularrechtlich (z. B. nach preuss. Landrecht Th. II. Tit. 10. §. 884.) ist dann dem Gutsherrn gestattet, selbst den Anbau für sich vorzunehmen.

6. Bestritten ist es, ob die Reallasten einen dinglichen oder einen obligatorischen Charakter an sich tragen[6]). Um die juristische Natur der Reallasten festzustellen, muss man[7]) unterscheiden, ob die wiederkehrenden Leistungen, die der Besitzer eines Grundstücks machen muss, in einem inneren Zusammenhange mit dem Grundstücke stehen oder nicht.

Ersteres ist der Fall, wenn die Leistungen in einem quoten Theile oder einer bestimmten Quantität der Erträgnisse eines Gutes bestehen, oder wenn an Stelle einer solchen Quote ein Surrogat in Geld getreten ist. Hier hat die Reallastberechtigung einen dinglichen Charakter und wird bei derselben eine iuris quasi possessio, also der Schutz durch die Besitzklagen anerkannt[8]). So namentlich bei Zehnten und Grundzinsen. Allerdings ist es dabei eine Eigenthümlichkeit, dass die Reallast den Grundbesitzer zu einem facere oder dare

5) R. G. O. §. 7. 8. 10. — 6) Vgl. die Uebersicht der verschiedenen Meinungen bei Walter, Deutsch. Privatr. §. 149. 151; Gerber, Deutsch. Priv. R. §. 169. Anm. 2. — 7) Mit Renaud a. a. O.

8) Vgl. o. §. 136. nr. VIII. S. 292 ff. — c. 31. x. de decimis. III. 30; c. 24. x. de elect. I. 6; c. 6. x. de arbitris. I. 43; c. 19. x. de restit. spoliat. II. 13; c. 31. x. de privileg. V. 33; c. 2. in VIto. de restit. spoliat. II. 5; Bruns, Besitz S. 121—26, 201—203, 237—42, 328—41; Walter, Deutsch. Priv. R. §. 151. Note 6; Reichsabsch. von 1512. Tit. IV. §. 12; R. A. v. 1530. §. 62; R. A. v. 1548. §. 59; Landfrieden von 1548. Eing. §. 1; Reichsabsch. v. 1576. §. 105; Instrum. Pac. Osnabr. 1648. art. V. §. 4.

verpflichtet; aber diese Verpflichtung ist nur accessorischer Art. So ist bei dem Zehntrechte der Zehntherr berechtigt, auf das zehntpflichtige Grundstück zu kommen und den Zehnten wegzunehmen, also der Verpflichtete in der Hauptsache nicht zu einem facere verpflichtet; nur nebenbei ist er es, insofern er die Ernte anzeigen und die Garben aufstellen muss. Ebenso besteht die Grundzinsberechtigung im Wesentlichen in dem Rechte, periodisch eine Quantität Früchte zu nehmen, obgleich dieses faktisch darauf hinauskommt, dass der Grundbesitzer die Früchte herausgibt oder die als Surrogat derselben festgestellte Geldsumme bezahlt. Eine weitere Eigenheit, welche bei den römischrechtlichen dinglichen Rechten, die eine theilweise Herrschaft über die Sache gewähren, nicht vorkommen kann, ist bei den Reallasten diese, dass man auch an einem Gute eine Reallast haben kann, woran man selbst das eigentliche Eigenthum (s. g. † dominium directum)[9]) und der Reallastpflichtige nur ein umfassendes dingliches Nutzungsrecht (s. g. † dominium utile)[10]) hat, z. B. wenn Jemand sein Gut in Lehen gab und sich dabei ein Zehnt- oder Grundzinsrecht vorbehielt. Dieses Zehnt- oder Grundzinsrecht macht man dann auch mit den dafür gegebenen Klagen, nicht mit der des Eigenthums geltend, und man kann auch insofern das Zehnt- oder Grundzinsrecht von dem Eigenthum trennen, als man es veräussern und die nuda proprietas behalten kann.

In dem anderen Falle, wo die Leistungen des Reallastpflichtigen in keinem inneren sachlichen Zusammenhange mit dem Grundstücke stehen, sondern nur äusserlich mit demselben verknüpft sind, z. B. bei der Deichlast, oder wenn der Besitzer eines Grundstückes zum Jagddienste verpflichtet ist, durch welche Jagdfrohndeleistungen das Eigenthum am Grundstücke in keiner Weise geschädigt wird, — ist eine blosse Obligation vorhanden, allerdings insofern anomaler Art, als hier eine persona incerta obligirt ist. Bei solchen, wie überhaupt bei allen blossen Forderungsrechten ist von keiner iuris possessio die Rede.

7. Die ältesten Reallasten sind die Ansprüche, welche die Kirche auf die Zehnten von Früchten, Vieh (und ursprünglich auch von den persönlichen Einkünften) erhob, nach dem Vorbilde des Mosaischen Rechtes und gestützt darauf, dass Gott der Herr der Erde sei und die Kirche seine Vertreterin[11]), ein Anspruch, dem das weltliche Recht, namentlich seit Karl dem Gr. zu Hülfe kam. Ausserdem entstanden schon vor Alters Reallasten aus der Gutsherrlichkeit, indem der Gutsherr Grundstücke mit Vorbehalt von Abgaben an Frucht und Vieh an Bauern verlieh; ferner durch die Vogtei oder Advokatie, d. h. indem sich eine Person mit ihren Grundstücken unter den Schutz eines mächtigen Herrn begab gegen Belastung mit Abgaben. Ausserdem entstanden später Reallasten durch Vertrag und Testament, namentlich zu Gunsten der Kirche und kirchlicher Stiftungen, sowie durch Veräusserung von Grundstücken mit Vorbehalt von Abgaben oder Kauf von Reallasten an einem Grundstücke von dem Eigenthümer, welche beiden letzten Fälle man Rentenkauf[12]) nannte.

8. Heutzutage geht die Tendenz der Gesetzgebungen mehr auf die Aufhebung oder Ablösung der Reallasten. Viele Gesetzgebungen schliessen auch die neue Begründung von Reallasten durch Rechtsgeschäfte aus, während andere darüber schweigen, das sächsische Ges. Buch aber die Begründung

9) Vgl. o. §. 140. nr. I. 2. S. 304. — 10) Vgl. ebendas.
11) Vgl. c. 26. X. de decim. III. 30. — 12) Vgl. o. §. 74. S. 155.

durch Rechtsgeschäfte gestattet[13]. Gegen die Begründung von Reallasten durch Rechtsgeschäfte spricht übrigens im heutigen Rechte auch Gewohnheitsrecht. Dies geht daraus hervor, dass der Rentenkauf, das ehedem vorzüglichste Mittel, Reallasten zu schaffen, seit dem 16. Jahrhundert sich zu einer blossen Obligation umgestaltet hat und das Grundstück nur noch pfandweise belasten kann. Diejenigen jedoch, welche die Begründung von Reallasten durch Rechtsgeschäft auch noch in der Gegenwart zulassen, streiten, ob dazu der blosse Vertrag genüge[14]) oder ob statt der alten beseitigten Auflassung gerichtliche Bestätigung[15]) oder Eintragung in das Grund- oder Hypothekenbuch[16]) hinzukommen müsse.

9. Eine Begründung von Reallasten durch Ersitzung ist nicht zulässig. Denn das ältere deutsche Recht kennt keine Ersitzung, und das römische Recht kannte die Ersitzung auch nur bei einigen Rechten, zu denen die dem römischen Rechte unbekannten Reallasten nicht gehören. Ein entschiedenes Gewohnheitsrecht, welches die Begründung von Reallasten durch Verjährung zuliesse, besteht auch nicht[17]).

10. Was den Schutz der Reallasten betrifft, so werden petitorische, und da, wo eine iuris possessio derselben vorkommt, auch possessorische Rechtsmittel gewährt.

a) Wenn die Reallast als solche bestritten wird, so ist nach der Praxis eine actio confessoria utilis zulässig, wobei der Kläger den Erwerb der Reallastberechtigung behaupten und beweisen muss, und dabei sich auch auf unvordenklichen Besitz berufen kann[18]).

b) Wenn bloss eine einzelne Prästation der Reallast bestritten wird, so wollen Einige[19]) und auch das Sächsische Ges. B. nur eine Forderungsklage zulassen, indem nur die Reallastberechtigung als Ganzes betrachtet ein dingliches Recht, dagegen der Anspruch auf den einzelnen Rückstand ein Forderungsrecht sei, welches gegen den gehe, der das pflichtige Grundstück im Augenblicke der Fälligkeit der Forderung besass. Nach dieser Ansicht ist dann auch die Forderungsklage gegen den früheren Besitzer des Grundstückes

13) Sächs. Ges. B. §. 506. — 14) So nehmen an Albrecht, Maurenbrecher, Walter a. a. O. §. 152. — 15) So Duncker, Gerber, Deutsch. Priv. R. §. 169. — 16) Dies verlangt auch Walter a. a. O. für den Fall, dass bei Rechten an Sachen zu ihrer Wirksamkeit gegen Dritte die Eintragung vorgeschrieben sei.

17) Die Begründung von Reallasten durch Verjährung ist verneint durch Urtheile in Seuffert's Archiv VII. 214. XII. 290. Andere Urtheile lassen dieselbe dagegen nach Analogie der Servitutenersitzung zu, Seuffert III. 192; oder nach Analogie der ausserordentlichen Ersitzung, Seuffert VI. 232. XI. 168; oder lassen sie zu durch eine 30jährige iuris possessio, Seuffert IX. 201.

18) Busch im Archiv für civil. Prax. Bd. 39. S. 358. behauptet, es genüge auch als Beweis der Reallastberechtigung, wenn der Kläger darthue, dass der Eigenthümer des verpflichteten Grundstückes vor dem forum rei sitae die Pflicht anerkannt habe. Mit Unrecht beruft sich aber Busch für diese Ansicht auf ein Gewohnheitsrecht.

19) So Eichhorn, Deutsch. Priv. R. §. 166; Beseler, Deutsch. Priv. R. §. 190; Walter §. 151.

auf die aus seiner Besitzeszeit rückständigen Leistungen und gegen den jetzigen Besitzer nur auf die aus seiner Besitzeszeit rückständigen Leistungen zu richten. Andere[20]) behaupten dagegen mit Recht, auch der Anspruch auf die einzelne Leistung sei ein dinglicher, wenn die betreffende Reallast als Ganzes ein dingliches Recht sei, so dass dann auch wegen Verweigerung der einzelnen Leistung eine actio confessoria utilis zulässig ist und damit auch auf die Rückstände aus der Zeit des früheren Besitzers gegen den jetzigen Besitzer geklagt werden kann. Diese Ansicht ist die richtige, denn die Reallast im Ganzen äussert sich unmittelbar in der Entstehung von Ansprüchen auf einzelne Prästationen; diese einzelnen Ansprüche erscheinen also als Theile der ganzen Reallastberechtigung.

c) Possessorische Klagen werden dem Reallastberechtigten in folgenden Fällen gewährt:

α) wenn er in der iuris quasi possessio der Reallast gestört, d. h. eine einzelne Leistung verweigert wird, gibt man ihm die remedia retinendae possessionis (ein interd. Uti possidetis utile und das summariissimum); es soll dann das Gericht entscheiden, ob die Leistung zu machen sei, ohne einer künftigen anderweitigen Entscheidung in petitorio zu präjudiciren;

β) wenn er uns der iuris quasi possessio entsetzt, d. h. die Leistung wegen Bestreitung der Reallast verweigert wird, erhält er das interd. Unde vi utile oder die actio spolii.

Das Sächs. Ges. Buch[21]) nimmt überhaupt keine iuris quasi possessio bei Reallasten an und lässt daher auch keine possessorischen Klagen zu.

11. Die rechtliche Natur der Reallast wird nicht geändert bei der Umwandelung oder Verwandelung derselben, d. h. wenn an die Stelle der ursprünglichen Leistungen solche anderer Art, namentlich Geldleistungen, gesetzt werden[22]). Eine solche Umwandlung kann übrigens nur geschehen, wenn und soweit das Landesgesetz dieselbe erlaubt oder gebietet; abgesehen davon würde ein auf Umwandlung der Reallast gerichteter Vertrag nur unter den Parteien und deren Universalsuccessoren wirken.

12. Ein Erlöschen der Reallasten kann erfolgen durch ein dieselben aufhebendes Gesetz. Solche Landesgesetze sind im Interesse des Bauernstandes vielfach ergangen, theils unter Festsetzung einer Entschädigung der Reallastberechtigten, theils sogar ohne eine solche[23]). Eine Aufhebung durch blossen Vertrag oder auf einseitiges Verlangen gegen Entschädigung (Ablösung der Reallast) kann auch nur geschehen, insoweit das Landesgesetz solches gestattet. Für die Ablösung der Reallasten hat die neuere Particulargesetzgebung ein sehr zweckmässiges Erleichterungsmittel in der Mitwirkung von

20) So Albrecht in d. Krit. Jahrb. v. Richter. Jahrg. 1839. S. 3. 17; Duncker, Reallasten S. 112; Seuffert, Archiv XVII. 85; Renaud a. a. O.

21) Sächs. Ges. B. §. 512.

22) Wird der Naturalzehnt durch eine feste Summe ersetzt, so heisst die Reallast Zehntgült; bei dieser bleiben alle über den Zehnt geltenden Grundsätze in Anwendung, ebendesshalb auch die Lasten, die vordem auf dem Zehnten hafteten, bestehen, z. B. wenn der Zehntherr zur Tragung der Kirchenbaulast verpflichtet ist. Vgl. Vering, Lehrb. des Kirchenr. §. 168. 172 f.

23) Vgl. Gengler, Lehrb. des deutsch. Priv. R. §. 74.

Rentenbanken geschaffen[24]), indem die Reallast in eine Capitalschuld ihres 20fachen Werthes umgewandelt wird, für welche gegenüber dem Berechtigten die Rentenbank als neuer Schuldner eintritt, und wofür sie demselben einen zu 4% verzinslichen Rentenbrief ausstellt, der wie ein Staatsschuldschein in Umlauf gesetzt werden kann, während dem Reallastpflichtigen gegenüber die Rentenbank als Reallastberechtigter aufgestellt wird und der Verpflichtete nunmehr an die Rentenbank die auf Geld zurückgeführte jährliche Leistung in solcher Proportion fortzuzahlen hat, dass die Bank auf je fünf, die sie einnimmt, gegen das an den ursprünglichen Reallastberechtigten zu Zahlende jährlich Eins gewinnt, und mit diesem Gewinn dann nach und nach die Rentenbriefe einlöst, so dass nach $41^1/_{12}$ Jahren die Rentenbriefe getilgt und damit der Reallastpflichtige von aller Last befreit ist.

II. 1. Eine deutschrechtliche Belastung des Grundeigenthums ist auch das Näherrecht, Retractsrecht. Dieses ist ein dingliches Recht[25]) an einer fremden Liegenschaft, kraft dessen man, wenn das Grundstück ausserhalb eines gewissen Kreises von Personen verkauft wird, den Käufer gegen Ersatz des Kaufpreises und der impensae necessariae abtreiben und sich an dessen Stelle setzen kann. Hat der fremde Käufer das Grundstück sogleich wieder verkauft und etwa um einen anderen Preis, so muss der Retrahent den ersten Kaufpreis zahlen; denn das Retractrecht war im Momente des ersten Verkaufs begründet. Der Verkäufer haftet dem Käufer regelmässig nicht für besondere Eviction, weil dieser es sich selbst zuzuschreiben hat, das retractpflichtige Grundstück gekauft zu haben.

2. Das Retractsrecht ist hauptsächlich durch Gewohnheit ausgebildet, obschon auch eine Constitution Friedrichs II.[26]) aus dem 13. Jhdt. nicht bloss, wie Manche annehmen, von dem Vorkaufsrechte (de iure prothomiseos), sondern auch vom Retractrechte redet; aber diese Constitution war nur für Italien erlassen und in Deutschland niemals recipirt. In neuerer Zeit ist das Retractsrecht aber in vielen Ländern aufgehoben oder beschränkt worden, weil dadurch die freie Verfügung oft in nachtheiliger Weise gehemmt und häufig dadurch Truggeschäfte veranlasst wurden.

3. Gemeinrechtlich kommt das Näherrecht vor a) als Erblosung († *retractus gentilicius*), d. h. als den nächsten Blutsfreunden zustehend, wenn Einer von ihnen ein Grundstück, namentlich etwa Stamm- oder Erbgüter an Andere verkauft hat; b) als Lehnsretract († *retractus feudalis*), d. h. das Retractsrecht des Lehnsherrn, wenn der Vasall sein Lehen veräussert.

4. Particularrechtlich kommen namentlich folgende Retractsrechte vor: a) die Marklosung († *retractus ex iure metrocomiae*), d. h. das Retractsrecht der Mitglieder einer Markgemeinde, wenn ein in der Gemarkung gelegenes Grundstück an einen Nichtbürger der Gemeinde kaufsweise ver-

24) Preuss. Ges. über die Ablösung der Reallasten v. 2. März 1850 und Ges. über die Errichtung von Rentenbanken v. 2. März 1850. Vgl. Walter a. a. O. §. 154.

25) Andere halten das Retractsrecht für einen obligatorischen Anspruch. Vgl. die Uebersicht der verschiedenen Meinungen bei Walter, Deutsch. Privatrecht §. 388. Letzterer hält es für ein dingliches Recht, aus dem aber eine actio in personam hervorgehe — ein juristisches Unding.

26) Abgedr. bei Pertz, Leg. II. 331.

äussert wird; b) der grundherrliche Retract in Betreff der Bauerngüter, die an irgend Jemanden verkauft sind; c) die Nachbarlosung († *retractus ex iure vicinitatis*), wenn ein Nachbar sein Grundstück an einen Nichtnachbarn veräussert hat; d) das Näherrecht aus dem Miteigenthum († *retractus ex iure condominii*), welches die Miteigenthümer unter einander haben, wenn Einer von ihnen seinen Antheil an einen Nichtmiteigenthümer verkauft, dahin gehört auch der Retract unter Ganerben, d. h. bei der unter mehreren Personen und deren Nachkommen bestehenden Einigung, kraft welcher gewisse Güter, meistens eine Burg mit Zubehör, zum Gebrauche und zur Vertheidigung auf ewige Zeiten gemeinschaftlich sein sollte[27]; e) die Theillosung oder das Gespilderecht († *retractus ex iure congrui*), welches, wenn ein Grundstück getheilt wurde, dem Eigenthümer der einzelnen Stücke zusteht, falls eines davon an sonst Jemanden verkauft wird.

5. Wer das Retractsrecht ausüben will, muss sein Recht dazu nachweisen, d. h. die Eigenschaft des betreffenden Grundstücks beweisen, kraft deren es dem Retractsrecht unterliegt (z. B. dass es Stamm- oder Erbgut sei), ferner dass er selbst zu den Retractsberechtigten gehört, und wenn der Käufer selbst auch ein Retractsrecht hat, muss er beweisen, dass er näher berechtigt, z. B. beim retractus gentilicius, dass er der nächste Erbe ist. Auch kann man das Retractsrecht immer nur zu eigenem Nutzen und zu eigenem Rechte ausüben, sonst kann der Gegner dasselbe durch eine Einrede entkräften, die gemeinrechtlich durch jedes Beweismittel, auch durch Schiedseid, Delation des Haupteides bewiesen werden kann. Die Retractsklage ist nicht cessibel und unvererblich[28]). Dieselbe ist vom Standpunkte des römischen Rechtes aus betrachtet eine vindicatio, weil das Retractsrecht ein dingliches Recht ist, keine actio in personam oder condictio auf ein tradere oder dare.

6. Durch Vertrag oder Testament kann kein Retractsrecht begründet werden; es besteht nur, wenn und soweit es auf Gesetz oder Gewohnheit beruht.

7. Wenn Mehrere dasselbe Retractsrecht an dem nämlichen Grundstücke ausüben wollen, so entscheidet die Prävention oder sonst das Loos. Ebenso ist es, wenn Mehrere an dem nämlichen Grundstücke verschiedene Arten von Näherrechten ausüben wollen und nicht particularrechtlich bestimmt ist, welche Art von Retractsrecht vorgehen soll.

8. Das Retractsrecht erlischt durch Entsagung des Retractsberechtigten, die nicht bloss ausdrücklich, sondern auch durch concludente Handlungen geschehen kann, ferner gemeinrechtlich durch Ablauf einer Frist von Jahr und Tag (d. h. 1 Jahr, 6 Wochen und 3 Tage), seitdem der Retractsberechtigte von der Eröffnung des Retractsrechts, d. h. des abgeschlossenen Kaufes, Kunde erhielt.

III. Auch die Staatshoheitsrechte oder Regalien haben deutschrechtlich auf das Sachenrecht eingewirkt. Wir reden hier nicht von den wesentlichen Rechten der Staatsgewalt, den eigentlichen unveräusserlichen Hoheitsrechten oder höheren Regalien, sondern nur von den sog. niederen Regalien oder Regalien im engeren Sinne, d. h. den Rechten des Staates als solchen, welche nicht aus dem Wesen der Staatsgewalt als solcher fliessen,

27) Vgl. Walter, Deutsch. Priv. R. §. 478. — 28) Seuffert, Archiv Bd. 2. Heft 2. S. 277.

sondern auf besonderen Erwerbsgründen oder staatlichen Vorbehalten (Gesetz oder Herkommen) beruhen und als Finanzquellen des Staates zu dienen bestimmt sind, insofern also auch eine privatrechtliche Seite haben[29]). Dahin gehört

a) das Bergregal, d. h. das dingliche Recht des Staates an den nichtfiscalischen Grundstücken, kraft dessen der Staat in seinem ganzen Gebiete oder einem Theile desselben ausschliesslich berechtigt ist, Fossilien zu gewinnen. Man unterscheidet dabei das hohe Bergregal, welches auf Metalle, Edelsteine und Steinsalz geht, und das niedere, welches auf die übrigen Fossilien: Marmor, Salpeter, Kohlen u. s. w. gerichtet ist.

b) Das Jagdregal, d. h. das ausschliessliche Recht des Staates als solchen, die Jagd auf den nichtfiscalischen Grundstücken im ganzen Staatsgebiete oder Theilen desselben auszuüben. Die Landesherrn sind übrigens nicht überall mit ihren Ansprüchen auf das Jagdregal durchgedrungen, namentlich auch oft bloss für die hohe Jagd (d. h. auf Hirsche, Wildschweine, Auerhähne, Fasanen etc.); vielfach ist der alten deutschen Anschauung entsprechend die Jagd ein Recht des Grundeigenthums geblieben oder in neuerer Zeit wieder geworden.

c) Das Fischereiregal, d. h. das particularrechtlich vorkommende dingliche Recht des Staates als solchen, in gewissen nicht fiscalischen Gewässern (Privat- oder öffentlichen Gewässern) ausschliesslich jede oder gewisse Arten von Fischerei auszuüben.

d) Das Mühlenregal, d. h. das particularrechtlich vorkommende ausschliessliche Recht des Staates als solchen, an gewissen nicht fiscalischen Gewässern die Wasserkraft zur Betreibung von Mühlen zu gebrauchen.

e) Das Flossregal († *ius gruciae*), d. h. das particularrechtlich vorkommende ausschliessliche Recht der Staatsgewalt als solcher, auf den Gebrauch der Wasserkräfte zum Zwecke des Transportes von (gebundenen oder ungebundenen) Hölzern.

f) Das Fährregal, d. h. das particularrechtlich vorkommende ausschliessliche Recht des Staates, auf gewissen nicht fiscalischen Gewässern Menschen und Güter von einem Ufer zum anderen gegen Vergütung überzusetzen[30]).

g) Das von Manchen früher angenommene Postregal ist ein blosses Gewerberecht des Staates. Ebenso gibt es kein Münz- und Landstrassen-Regal. Das Münzrecht soll nicht zur Bereicherung des Staates dienen und

29) Vgl. auch Walter, Deutsch. Privatr. §. 156 ff.

30) Die eigentliche Schifffahrt ist nirgends regalisirt. (Instr. pac. Osnabrug. art. 9. §. 1. 2.) Ebenso wenig gibt es sog. Leinpfadsregal. Allerdings hat der Staat das Recht, von den Ufer-Besitzern des öffentlichen Flusses einen Pfad von gewisser Breite im Interesse der Schifffahrt zu verlangen (zum Ankerwerfen, zum Spannen der Leine für die Thiere, die das Schiff stromaufwärts ziehen, zum Zuge, d. h. zum Treiben des Zugviehs, das die Schiffe stromaufwärts zieht und zur Strombergung, d. h. um bei schlechtem Wetter Schiff und Mannschaft dorthin zu flüchten). Aber dieses Recht besteht lediglich im öffentlichen Interesse der Schifffahrt, ohne Finanzquelle des Staates zu sein.

kommt nach heutigem Rechte jedem Staate als solchem ohne Weiteres zu. Auch das angebliche Landstrassenregal ist keine eigentliche Finanzquelle des Staates; jeder Staat muss dieses Recht oder vielmehr diese Verpflichtung haben.

2. Die Regalien sind als Beschränkungen des Eigenthums, die jeden Privaten als Eigenthümer treffen, dingliche Rechte. Die Praxis wandte zu deren Schutze analog die Klagen zum Schutze der Servituten an, also die *actio confessoria utilis* zur Geltendmachung des Rechtes und die *actio negatoria utilis* auf die Behauptung der Freiheit von dem Regal, und als possessorische Rechtsmittel das *interdictum Uti possidetis utile* und das *interd. Unde vi utile* oder die *actio spolii*. Das canonische Recht[31]) und deutsche Reichsgesetze[32]) erkennen ausdrücklich eine iuris quasi possessio bei den Regalien an.

3. Die Regalien sind nicht dem Rechte, sondern nur der Ausübung nach, als sog. Gerechtigkeit (Berg-, Jagd-, Fischerei-, Mühl-, Floss-, Fähr-Gerechtigkeit) auf Private übertragbar. Der Staat selbst bleibt immer der Regalberechtigte, und kann daher auch unter gewissen Umständen Consolidation zu Gunsten des Staates eintreten, z. B. bei erblosem Absterben des mit der Gerechtigkeit Beliehenen oder zur Strafe wegen Missbrauchs. Auch kann die Gerechtigkeit nicht ohne Genehmigung des Staates veräussert werden, während die Ausübung der Gerechtigkeit allerdings ohne Staatsgenehmigung an Andere überlassen werden kann.

4. Private können vom Staate eine Regalgerechtigkeit nur durch staatliche Verleihung in der Weise eines Privilegs erwerben. Jedoch kann man seine (Berg-, Jagd- etc.) Gerechtigkeit auch auf unvordenkliche Verjährung, nicht aber auf gewöhnliche Ersitzung stützen[33]).

Die Verleihung geschieht gewöhnlich partiell, d. h. für einzelne Bezirke an einzelne Personen, nicht für das ganze Staats-Gebiet an einen Einzigen. Die Verleihung geschieht entweder als Personalrecht, welches aber im Zweifel vererblich ist und unter staatlicher Genehmigung veräussert werden kann, oder als Realrecht, welches dem jedesmaligen Besitzer eines gewissen Grundstückes zusteht; es kann letztenfalls Jemand die Berechtigung an seinem eigenen Grundstücke haben, ohne dass eine Consolidation eintritt (so dass also gewissermassen: res sua servit).

5. Verschieden von den (Berg-, Jagd-, Fischerei-, Mühlen-, Floss- und Fähr-) Regalien ist die Berg-, Jagd-, Fischerei-, Mühlen-, Floss- und Fähr-Hoheit des Staates, d. h. das der Staatsgewalt als solchen wesentlich zustehende Recht, Berg-, Jagd-, Fischerei-, Mühlen-, Floss- und Fähr-Ordnungen zu erlassen und die Oberaufsicht über jene Dinge selbst da zu führen, wo dieselben nicht regalisirt sind.

31) C. 6. x. de fide instrum. II. 22. — 32) Landfrieden von 1548 Eingang. §. 1. — 33) C. 26. x. de V. S. V. 40.

Kapitel V.

Das Pfandrecht[1]).

§. 162. Begriff und rechtliche Natur desselben[2]).

I. Pfandrecht ist das dingliche Recht an einer fremden Sache[3]), vermöge dessen diese einem creditor für seine Forderung in der Weise verhaftet ist, dass er dieselbe im Nothfall verkaufen darf, um sich aus dem Erlöse zu befriedigen. Die Pfandsache ist also gleichsam obligirt, nicht auch gewährt das Pfandrecht Gebrauchs- und Nutzungsrechte (res tantummodo obligata est, non servit).

II. Das Pfandrecht ist also ein *Accessorium* einer Forderung und hat daher nur dann Gültigkeit, wenn die principale Forderung gültig ist[4]). Das Pfandrecht hat aber schon volle Wirksamkeit, wenn die obligatio auch nur eine naturalis ist[5]).

III. Das Pfandrecht ist untheilbar (pignoris causa individua est), d. h. die verpfändete Sache haftet in allen ihren Theilen für jeden, auch den kleinsten Theil der Forderung; durch theilweise Abzahlung der Schuld vermindert sich der Umfang des Pfandrechtes

1) Gai. II. 59—61. 64. III. 62. 147; Paul. S. R. II. 5. 13; Hermog. Cod. 15; Theod. Cod. II. 30. III. 1; §. 7. Inst. de act. IV. 6; Dig. lib. XX; Cod. VIII. 14—16; Dernburg, Das Pfandr. nach den Grundsätzen des heut. röm. Rechts. Leipzig. 2 Bde. 1860. 64; Bachofen, Das röm. Pfandrecht. I. Band. Basel 1847; Bremer, Das Pfandrecht u. die Pfandobjekte. Leipzig 1867.

§. 162. 2) Büchel, Civilist. Erörterungen. nr. 2. 2. Aufl. Marburg 1847; Vangerow, Pand. §. 363; Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs. Leipzig 1873. — Ueber die Gründe, warum das römische Pfandrecht ungleich mangelhafter als die übrigen Theile des römischen Rechts ausgebildet ist, und insbesondere den eigentlichen Zweck alles Pfandrechts, Sicherung des Credits, nothwendig verfehlen musste, vgl. Bruns in Holtzendorff's Encyclopädie I. 2. Aufl. S. 376—377.

3) Vgl. auch u. §. 165. — 4) L. 5. de pignor. XX. 1. — 5) S. u. §. 178. nr. IV. 5. l. 14. §. 1. de pign. XX. 1; l. 101. de solut. XLVI. 3.

nicht[6]). Das ganze Pfandrecht kann daher von jedem der mehreren Erben des Gläubigers oder gegen jeden der mehreren Erben des Schuldners für den auf ihn übergegangenen Theil der Forderung oder Schuld ausgeübt werden. Wenn aber bei der Erbtheilung im iudicium familiae herciscundae Einem der Erben des Gläubigers das ganze Pfandrecht zugesprochen werden soll, so wird die Forderung mit dem Pfandrechte, wenn letzteres nicht ausreichend erscheint, unter den Miterben versteigert und demjenigen zugesprochen, der sie sich am höchsten anrechnen lassen will, während dann der etwaige Ausfall allen Miterben pro rata hereditaria abgezogen wird[7]). Es können jedoch auch mehrere an derselben Sache in der Weise zusammen ein Pfandrecht bestellt erhalten, dass jedem nur ein (ideeller) Theil der Sache verpfändet ist. Im Zweifel richten sich dann die Pfandantheile nach der Proportion der verschiedenen Forderungen. Jeder Pfandgläubiger übt in solchen Fällen sein Pfandrecht an dem ihm verpfändeten quoten, ideellen Theile der Sache, gegen die übrigen Pfandgläubiger, wie gegenüber anderen Personen im vollen Umfange aus; zu den Mitpfandgläubigern steht er zugleich in einer communio, welche er durch die actio communi dividundo auflösen kann[8]).

IV. Gegenstand des Pfandrechtes kann Alles sein, was einen Vermögenswerth hat und veräussert werden kann[9]), sowohl einzelne Sachen, dingliche Rechte und Forderungen[10]), wie Vermögensgesammtheiten[11]). Jedoch servitutes praed. urbanorum können gar nicht verpfändet werden. Dies erklärt sich historisch dadurch, dass im älteren Rechte kein pignus[12]) an einer servitus urbana constituirt werden konnte, weil anfangs der einzige Schutz des creditor pignoraticius in den possessorischen Interdicten bestand, aber bei servitutes urbanae keine possessorischen Interdicte vorkommen. Aber auch nachdem überhaupt zum Schutze des pignus die actio quasi Serviana zugelassen war, blieb man dabei, an servitutes praediorum urbanorum kein Pfandrecht zuzulassen, da dasselbe in den meisten Fällen an einer servitus urbana nicht leicht hätte realisirt werden können, weil sich nicht leicht ein Interessent als Käufer finden liesse. Alle übrigen Servituten können als *servitutes consti-*

6) Cod. VIII. 32. [31.] si unus ex pluribus heredibus creditoris vel debitoris partem suam debiti solverit vel acceperit. — 7) L. 29. fam. hercisc. X. 2. — 8) L. 7. §. 4. quib. mod. pign. solv. XX. 6; l. 10. i. f. de pignor. XX. 1; l. 7. §. 6. 12. comm. divid. X. 3. — 9) Dig. XX. 3. quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt; Cod. VIII. 17. quae res pignori obligari possunt; Gai. l. 9. §. 1. de pignor. XX. 1. — 10) S. u. §. 165. — 11) S. u. §. 166. — 12) S. u. §. 164.

tutae oder als *servitutes constituendae* verpfändet werden. Servitutes praediorum rusticorum constitutae, d. h. welche bereits begründet sind, können nur in Verbindung mit dem praedium dominans verpfändet werden. Als servitutes constituendae können Rustican- und Personalservituten so verpfändet werden, dass der Pfandgläubiger, im Falle er für seine Forderung nicht befriedigt wird, das Recht hat, dem Käufer eine Servitut an der Sache des Verpfänders zu bestellen. Personalservituten, welche schon constituirt sind, können, mit Ausnahme des usus, der Ausübung nach, in der Weise verpfändet werden, dass derjenige, welcher von dem Pfandgläubiger das Pfandobject kauft, die Servitut des Verpfänders ausüben darf[13]).

§. 163. Die älteste Form des Pfandrechtes[1]).

I. Die älteste Form des Pfandrechtes war die *fiduciae causa mancipatio vel in iure cessio*, d. h. es wurden von dem Verpfänder durch mancipatio oder in iure cessio Sachen in das Eigenthum (bis auf Diocletian auch Hauskinder in das mancipium) des Creditors übertragen, aber es wurde dabei das pactum fiduciae[2]) beigefügt, bei rechtzeitiger Zahlung der Schuld solle die Sache remancipirt oder in iure zurückcedirt werden[3]). Geschah die Rückzahlung der Schuld nicht rechtzeitig, so blieb der creditor Eigenthümer der Sache, wenn sie auch viel werthvoller war. Der Verpfänder hatte auf Erlangung des Werthes der Sache eine actio in personam, die bonae fidei *actio fiduciae* gegen den creditor. Die Verurtheilung bei der actio fiduciae infamirte den creditor. Hatte der Pfandgläubiger das Pfandobjekt veräussert, so blieb diese Veräusserung gültig. Eine Klage gegen dritte Besitzer hatte der Schuldner nicht. Oft war mit der fiducia aber ein Pachtvertrag verbunden, in Folge dessen der Verpfänder die Sache, die er dem creditor mancipirt hatte, in Händen behielt.

II. Der Grund, wesshalb im alten Rechte die Verpfändung in einer Eigenthumsübertragung an den Gläubiger bestand, war der, weil während der legis actiones der Regel nach Niemand alieno nomine vor Gericht auftreten konnte[4]), und weil es im älteren Rechte

13) L. 11. §. 2. 3. de pignor. XX. 1; l. 12. eod.; Vangerow I. §. 367.

§. 163. 1) Isidor. Orig. V. 25. §. 23; Paul. II. 13. §. 1—7; Gai. II. 59—61. III. 201; l. 9. Theod. Cod. de infirmandis his. XV. 14. — 2) Vgl. Degenkolb, Ein pactum fiduciae. Ztschr. f. Rechtsgesch. Bd. 9. S. 117 ff. 407 ff.; Rudorff, Ueber die baetische Fiduciartafel. Eine Revision, ebendas. Bd. 11. S. 52 ff. — 3) Vgl. o. §. 148. III. c. — 4) S. o. §. 112.

auch keine actiones utiles gab[5]), so dass daher derjenige, der als Kläger auftreten wollte, proprio iure und proprio nomine auftreten musste. (Aus demselben Grunde wurde auch das *depositum*[6]) im alten Rechte so bewerkstelligt, dass der Deponent dem Depositar, quo tutius res apud eum essent, die Sachen durch mancipatio oder in iure cessio in's Eigenthum übertrug sub pacto fiduciae, dass der Depositar auf Verlangen des Deponenten die Sachen diesem remancipire)[7]). Möglich ist es, dass auch mit diesen Mancipationen cum pacto fiduciae die räthselhafte exceptio annalis Italici contractus zusammenhing[8]), die Justinian[9]) erwähnt, indem bei der fiducia pignoris iure contracta und bei der cum amico contracta die usureceptio stets binnen eines Jahres stattfand[10]).

III. Jene älteste Form des Pfandrechts verlor sich allmählich, nachdem sich zwei andere Formen der Verpfändung, nämlich das pignus und die hypotheca entwickelten, und mit der mancipatio und in iure cessio hörte sie auch juristisch auf zu existiren. Sie wird noch erwähnt im Cod. Theod. in einer Constitution v. J. 395 n. Chr.[11]).

§. 164. Historische Entwickelung des pignus und der hypotheca[1]).

I. Das Faustpfand, *pignus* (abgeleitet von pago oder pango, pepigi, griech. πήγνυμι = befestigen), entwickelte sich schon früh während der Republik. Der Schuldner oder an seiner Stelle ein Anderer übertrug hierbei dem Gläubiger den Besitz einer Sache unter der Verpflichtung, dieselbe bei Abtragung der Schuld zurückzugeben. Es entstand daraus anfangs bloss ein obligatorisches Verhältniss[2]). Der Verpfänder hatte die *actio* in personam *pignoraticia directa* gegen den Creditor auf Rückgabe der Sache. Der Creditor hatte wegen impensae necessariae ein Retentionsrecht; er konnte aber auch auf Ersatz derselben, ebenso wie im Falle der Eviction des Pfandobjects eine *actio pignoraticia contraria* gegen den Verpfänder anstellen. Anfangs kam dieses pignus nur bei beweglichen, später auch bei unbeweglichen Sachen vor, aber immer blieb es auf Sachen beschränkt, an denen eine possessio (vera oder iuris quasi

5) Gai. IV. 11. — 6) S. u. §. 196. — 7) Gai. II. 60. — 8) Cf. darüber u. §. 203. nr. X. Anmerkg.

9) C. 1. pr. de exc. ann. Ital. contr. VII. 40. u. in l. un. Cod. de usuc. transf. VII. 31. — 10) Vgl. o. §. 146. nr. III. b. — 11) L. 9. Th. Cod. de infirmandis his quae sub tyrannis. XV. 4.

§. 164. 1) Paul. S. R. II. 4. Rubr. de deposito pignore; Isidor. Origin. V. 25. §. 22; l. 73. de furt. XLVII. 2; l. 4. de pignor. XIII. 7. — §. 7. Inst. de act. IV. 6. — 2) S. u. §. 201.

possessio) möglich war. Allmählich erlangte der creditor pignoraticius abgeleiteten juristischen Besitz; er konnte sich also nun gegen Besitzesstörungen durch die possessorischen Interdicte schützen; ja er erhielt allmählich auch eine rei vindicatio utilis, und überhaupt utiliter alle Rechtsmittel des Eigenthümers, diese aber doch wohl erst, nachdem das pignus sich mit der hypotheca zu einem dinglichen Rechte entwickelt hatte.

Ein Recht, die Sache im Falle der Nichtbefriedigung zu veräussern, hatte der creditor an sich nicht, aber er liess es sich häufig durch ein besonderes pactum adiectum: quod liceat vendere ertheilen. Allmählich sah man aber dieses Distractionsrecht als selbstverständlich an, und im neueren Rechte hat sogar ein *pactum ne liceat vendere* nur die Wirkung, dass der Creditor statt einer einmaligen eine dreimalige denunciatio, d. h. vorherige Androhung des Verkaufs an den Verpfänder richten muss [3]).

Ursprünglich pflegte auch sehr oft eine *lex commissoria* dem contr. pignoraticius beigefügt zu werden, d. h. die Bestimmung, dass das Pfandobject dem Gläubiger zum Eigenthum zufallen solle, wenn die Schuld nicht rechtzeitig getilgt werde. Constantin erklärte eine solche lex commissoria für ungültig und gab seinem Verbote sogar rückwirkende Kraft [4]). Nach canonischem Rechte ist jedoch die dem Pfandvertrage beigefügte lex commissoria gültig, wenn sie durch hinzugefügten Eid bestärkt ist und nicht nach Lage der Umstände eine turpitudo, z. B. Wucher, dabei vorhanden ist [5]).

II. Wahrscheinlich erst gegen Ende der Republik entwickelte sich bei den Römern die aus den griechischen Städten Unteritaliens herüber gekommene *hypotheca*, d. h. eine Verpfändung, die ohne Besitzübertragung durch ein formloses *pactum praetorium* geschah. Bei Vermiethung von praedia urbana oder Verpachtung von praedia rustica pflegte nämlich die Bestimmung ausbedungen zu werden, es sollten dem Vermiether für den Miethzins die invecta, inducta, illata des Miethers, oder dem Verpächter für das Pachtgeld (pro mercedibus fundi) die fructus verpfändet sein. Man sah diese Art von Verpfändung bei Vermiethung und Verpachtung von praedia allmählich als selbstverständlich an.

Der Prätor Salvius gewährte für diesen Fall dem Vermiether und Verpächter ein *interdictum Salvianum*, um sich bei Nichtzahlung des Miethgeldes oder Pachtgeldes in den Besitz des Mobiliars

3) Vgl. auch o. §. 162. nr. I. S. 384. — 4) Cod. VIII. 35. de pactis pignorum et de lege commissoria in pignoribus rescindenda. — 5) C. 7. x. de pignor. III. 21.

oder der Feldfrüchte zu setzen. Für den nämlichen Fall gewährte der Prätor Servius — man weiss nicht genau wann, aber doch schon vor Cicero[6]) — dem Vermiether oder Verpächter des praedium auch eine *actio Serviana*, eine dingliche Klage zur Geltendmachung des Pfandrechtes, die auch gegen jeden Dritten angestellt werden kann.

Es wurden nun durch ein pactum, sowie dann auch durch Testament, und auch für andere Forderungen sowie auch an anderen Sachen, selbst an solchen, an denen kein Besitz möglich ist, Hypotheken bestellt, und für eine Anzahl Fälle wurde durch gesetzliche Bestimmung eine Hypothek als von selbst eintretend festgesetzt[7]). Bei der Hypothek erhält der Gläubiger, auch wenn ein Besitz an dem Pfandobjekte möglich ist, nicht sogleich einen Besitz, aber er kann sich im Falle der Nichtbefriedigung der Forderung die detentio der Sache verschaffen, um dieselbe zu veräussern und sich dadurch zu befriedigen. Die actio Serviana wurde nämlich als *vindicatio pignoris*, *actio quasi Serviana* auch auf alle Fälle des pignus und als actio *hypothecaria* auch auf alle sonstigen Fälle einer hypotheca ausgedehnt, so dass nun jeder hypothecarische oder Faustpfandgläubiger sich derselben zur Geltendmachung seines Pfand- und Distractionsrechtes gegenüber einem jeden Dritten bedienen konnte[8]). Dadurch, dass nun sowohl der hypothecarische als der Faustpfandgläubiger zur Geltendmachung ihres Pfandrechtes dieselbe dingliche Klage hatten, waren beide Arten von Pfandrecht in ihrem schliesslichen Erfolge gleichgestellt, und insofern sagen jetzt die Quellen[9]): *inter pignus et hypothecam nominis tantum sonus differt.*

§. 165. Das Pfandrecht an Forderungen und das Afterpfand[1]).

I. Erst in der Kaiserzeit kam das *pignus nominis* auf, d. h. die als bedingte Cession anzusehende Verpfändung einer Forderung. (Ein dingliches Recht liegt da natürlich nicht vor, sondern nur dann, wenn das Objekt des Pfandrechts eine Sache oder ein Sachenrecht ist.) Der Pfandgläubiger kann hier, falls seine Forderung

6) Cf. Cic. ad fam. XIII. 56. — 7) S. u. §. 170. — 8) Vgl. auch u. §. 175. — 9) Marcian. l. 5. §. 1. de pign. XX. 1. cf. §. 7. Inst. de act. IV. 6.

§. 165. 1) L. 4. Cod. quae res pign. VIII. 17; l. 7. Cod. de her. vend. IV. 39; l. 20. de pignor. XX. 1; Cod. VIII. 24. si pignus pignori datum sit; Huschke, De pignore nominis. Gött. 1820. (deutsch in Barth's Dissert. Sammlg. II. (1836.) S. 260—338.); N. K. F. Land, Over 't pand op inschulden. Leyden 1861; Sohm, Die Lehre von dem subpignus. Rostock 1864.

nicht befriedigt wird, die verpfändete Forderung eintreiben (ius exigendi), und utiliter die Klage seines Pfand-Schuldners gegen dessen Schuldner aus der verpfändeten Forderung anstellen; falls diese auf Sachen der nämlichen Art geht, kann er sich dann unmittelbar befriedigen; falls er nun Sachen anderer Art erhält, hat er nun an diesen ein gewöhnliches pignus[2]). Derjenige, dem eine Forderung verpfändet ist, kann aber auch sein Pfandrecht dadurch geltend machen, dass er an Jemanden die verpfändete Forderung kaufsweise cedirt (ius distrahendi).

II. Wenn die verpfändete Forderung selbst durch ein Pfandrecht gesichert ist, so gilt dieses Pfandrecht als mitverpfändet, so dass man eventuell auch das Pfandrecht seines Debitors ausüben kann († *subpignus*, Afterpfand)[3]). Ein bestehendes Pfandrecht kann natürlich nicht verpfändet werden, ohne zugleich die principale Forderung mit zu verpfänden. In jedem subpignus liegt daher auch ein pignus nominis[4]), d. h. so weit die Forderung im Pfandrechte mit geltend gemacht wird.

§. 166. Von dem Pfandrecht an universitates rerum und an einem ganzen Vermögen.

I. Auch eine *universitas rerum* (z. B. eine Heerde) kann man verpfänden, und zwar gelten dann im Zweifel nicht bloss die gerade jetzt zur universitas gehörigen Dinge als verpfändet, sondern auch diejenigen, welche erst nachher in dieselbe eintreten[1]).

II. Man kann sogar sein ganzes Vermögen verpfänden (*pignus generale*, † *universale*) und zwar nicht bloss sein gegenwärtiges, sondern auch sein zukünftiges Vermögen. Justinian bestimmte, es sollten im Zweifel auch die zukünftigen Sachen unter das *pignus generale* fallen[2]). Das Pfandrecht an den zukünftigen Sachen beginnt erst mit deren Erwerb[3]). Ausgenommen von dem

2) Paulus l. 18. pr. de pign. act. XIII. 7: Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio . . . Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis; si vero corporis alicuius, id quod acceperis, erit tibi pignoris loco.

3) Literatur bei Sohm a. a. O. — 4) L. 13. §. 2. de pignor. XX. 1.

§. 166. 1) L. 13. pr. de pignor. XX. 1.

2) Justinian. l. 9. Cod. quae res pign. VIII. 17: . . Super qua *generali hypotheca* illud quoque sancimus, ut si res suas supponere debitor dixerit, non adiecto, *tam praesentes, quam futuras: ius tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur.* L. 11. Cod. de remiss. pign. VIII. 26.

3) L. 7. §. 1. qui pot. in pignore XX. 4; l. 34. §. 2. de pignor. XX. 1.

Generalpfande sind natürlich alle Sachen, welche nicht veräussert werden können, sowie bei dem vertragsmässig bestellten Generalpfande auch diejenigen Sachen, die der debitor wahrscheinlich nicht speciell verpfändet haben würde, wie z. B. nothwendiges Hausgeräthe, die nöthigen Kleider und Gegenstände, zu denen eine besondere vernünftige Affection vorhanden ist[4]).

III. Wenn aber Sachen aus einer verpfändeten universitas oder aus dem verpfändeten Vermögen veräussert werden, so treten dieselben dadurch nicht aus dem Pfandnexus heraus, es sei denn, dass nach der ausdrücklich erklärten, oder nach der Lage der Umstände (wie z. B. bei einem verpfändeten offenen Waarenlager, wo jedesmal die Kaufgelder und neu angeschafften Waaren an Stelle der verkauften Waaren in den Pfandnexus treten)[5]) sich von selbst verstehenden Absicht der Parteien immer nur die jeweiligen Bestandtheile der universitas verpfändet sein sollen. Ebenso treten die Sachen aus dem Pfandnexus heraus, deren Veräusserung der Pfandgläubiger erlaubt, und dieselben fallen nach Justinianischem Rechte[6]) auch nicht wieder unter das Pfandrecht, wenn sie der Schuldner später wieder erwirbt.

IV. Sind neben der Bestellung eines Generalpfandes einzelne Sachen speciell verpfändet *(pignus † speciale)*, so muss sich der Gläubiger zunächst an das Specialpfand, und kann er sich nur in subsidium an das Generalpfand halten. Will er sofort das pignus generale geltend machen, so kann ihn der Schuldner, wie der dritte Besitzer, wenn dieser mit der Pfandklage belangt ist, durch die *exceptio † excussionis realis* zunächst auf das Specialpfand zurückweisen. Und wenn Jemand ein Generalpfand hat, während ein Anderer ein Specialpfand an Sachen desselben Schuldners hat, so muss sich der Generalpfandgläubiger zunächst nur an die Sachen halten, welche nicht in dem Specialpfandrechte des Anderen stehen. Andernfalls könnte der Specialpfandgläubiger dem Generalpfandgläubiger zu jenem Zwecke ebenfalls eine *exc. † excussionis realis* entgegenstellen[7]). Endlich kann nach neuestem Justinianischen Rechte[8]) der dritte Besitzer mit der *exceptio † excussionis personalis* durchsetzen, dass der Pfandgläubiger zuerst den Schuldner und eventuell dessen Bürgen (falls sie zahlungsfähig sind) mit der persönlichen Klage belange, und erst wenn dieses vergeblich ist, sich an das Pfand halte.

4) L. 6 sqq. de pignoribus. XX. 1. — 5) L. 34. pr. eod. — 6) L. 11. Cod. de remiss. pign. cit. — 7) L. 2. Cod. de pign. et hyp. VIII. 14. cf. l. 15. §. 1. eod. XX. 1; l. 2. D. qui potiores. XX. 4. — 8) Nov. 4. c. 2.

§. 167. Von der Begründung des Pfandrechtes im Allgemeinen [1]).

I. Schon während der Republik konnte das Pfandrecht durch Vertrag, Testament und richterliche Immissionen [2]) entstehen, und als gesetzliches Pfandrecht stellte sich durch Gewohnheit schon früh während der Kaiserzeit das Pfandrecht des Vermiethers oder Verpächters eines praedium an dem Mobiliar und den Früchten des Miethers oder Pächters fest, und es kamen dann später weitere gesetzliche Special- und Generalpfandrechte hinzu.

II. Das durch Vertrag oder Testament bestellte Pfandrecht nennt man jetzt *pignus † voluntarium*, das durch den Richter oder durch Gesetz begründete *pignus † necessarium*.

§. 168. Von dem vertragsmässigen Pfandrecht insbesondere [1]).

I. Ein vertragsmässiges Pfandrecht *(pignus † conventionale)* ist erst von dem Augenblicke an begründet, wo folgende vier Erfordernisse zusammentreffen:

1. Eigenthum und Dispositionsfähigkeit des Verpfänders. Es kann regelmässig nur der Eigenthümer ein wirksames Pfandrecht bestellen. Aber auch die Verpfändung einer Sache durch den Nichteigenthümer kann unter Umständen wirksam werden. Ratihabirt der Eigenthümer die von einem non dominus geschehene Verpfändung, so wird das Pfandrecht dadurch rückwärts vom Augenblick des Pfandvertrags an gültig [2]). Dieselbe Wirkung tritt ein, wenn der Eigenthümer wissentlich in fraudem creditoris die Verpfändung durch den Nichteigenthümer geschehen liess [3]). Verpfändet ein bonae fidei possessor die fremde Sache, so wirkt die Verpfändung gegen alle Diejenigen, gegen welche und soweit der bonae fidei possessor mit der actio Publiciana sich im Besitze der Sache behaupten kann. Verpfändet ein malae fidei possessor eine fremde Sache, und der Gläubiger weiss, dass der Verpfänder eine fremde Sache verpfändet, so erhält der Gläubiger kein Pfandrecht, wenn auch der Verpfänder später das Eigenthum an der Sache erwirbt; nur ein Retentionsrecht gegenüber dem Verpfänder erhält der Gläubiger in diesem Falle [4]). Weiss aber der Gläubiger nicht,

§. 167. 1) §. 7. Inst. de act. IV. 6. — l. 36. pr. de pign. act. XIII. 7. — Cod. VIII. 22. de pignore praetorio; VIII. 23. si in causa iudicati pignus captum sit. — Dig. XX. 2. Cod. VIII. 15. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.

2) S. o §. 135.

§. 168. 1) Vgl. Vangerow I. §. 372. Anm. 2. — 2) L. 16. §. 1. de pignor. XX. 1. — 3) L. 2. Cod. si aliena res. VIII. 16. — 4) L. 1. pr. de pign. XX. 1.

dass der ihm die Sache Verpfändende malae fidei possessor und Nichteigenthümer der Sache ist, und der Verpfänder erwirbt später das Eigenthum, so erhält der Gläubiger nun utiliter alle Pfandklagen[5]). Wenn ein Nichteigenthümer aber zuerst dem einen und dann einem anderen in bona fide befindlichen creditor die fremde Sache verpfändet, so soll der spätere creditor überhaupt nur dann ein Pfandrecht erhalten, wenn der Verpfänder nicht bloss Eigenthümer der Sache geworden, sondern dieses auch noch zu der Zeit ist, wo der frühere creditor abgefunden ist[6]). Eine Convalescenz der durch den Nichteigenthümer geschehenen Verpfändung kann aber ferner auch dadurch eintreten, dass der Verpfänder der Erbe des Eigenthümers wird, oder umgekehrt[7]). Wird eine fremde Sache unter der Bedingung, dass der Verpfänder das Eigenthum daran erwerbe, verpfändet, so entsteht das Pfandrecht in dem Augenblicke, wo der Verpfänder das Eigenthum an dem Pfandobjekt erwirbt[8]).

2. Eine gültige principale Forderung. Man kann auch für eine fremde Schuld ein Pfandrecht bestellen. Auch für eine künftige Forderung kann schon ein Pfandrecht bestellt werden, und wenn die Forderung eintritt, so wird die Existenz des Pfandrechts auf den Augenblick des abgeschlossenen Pfandvertrages zurück bezogen, falls der künftige Gläubiger gebunden ist, also genöthigt werden kann, durch eine Leistung von seiner Seite Gläubiger zu werden, oder falls zwar der künftige Gläubiger nicht gebunden ist, aber wohl der künftige Schuldner[9]). Dagegen, wenn weder Gläubiger noch Schuldner gebunden sind, so datirt das Pfandrecht erst von dem Augenblicke an, wo das Schuldverhältniss wirklich zur Existenz gelangt ist. Eine Verpfändung unter einer Bedingung oder für eine bedingte Forderung gilt nach Erfüllung der Bedingung rückwärts als vom Augenblicke der Verpfändung an[10]).

5) L. 5. Cod. si alien. res. VIII. 16; l. 41. de pign. act. XIII. 7.

6) L. 9. §. 3. qui pot. in pign. XX. 4. Es ist dieses eine Nachwirkung des alten Rechtes, wonach, wenn Jemand dieselbe Sache nach einander zwei Gläubigern verpfändete, der zweite noch kein Pfandrecht, sondern nur ein Recht auf Erlangung desselben für den Fall erlangte, dass der erste Gläubiger abgefunden sei. Vgl. u. §. 174. nr. III.

7) Mod. l. 22. de pign. XX. 1. Die entgegengesetzte juristisch nicht consequente Meinung hatte Paulus l. 41. de pign. act. XIII. 7. Es entscheidet hier auch die Analogie der exceptio rei venditae et traditae.

8) L. 1. pr. de pign. XX. 1; l. 16. §. 7. eod. — 9) L. 9. §. 1. 2. qui pot. in pign. XX. 4; l. 11. pr. §. 1. eod.; l. 4. quae res pignori. XX. 3; l. 1. pr. §. 1. qui pot. in pign. XX. 4. — 10) Vgl. o. §. 86. S. 176.

3. Existenz des Gegenstandes des Pfandrechtes. Wird eine res futura verpfändet, z. B. die Früchte eines Weinbergs, so beginnt das Pfandrecht erst mit der Existenz der Sache, also bei verpfändeten Früchten erst mit deren Separation. Wenn daher eine res futura hintereinander mehreren Creditoren verpfändet ist, so haben diese mehreren Pfandrechte doch ein ganz gleiches Datum, weil sie gemeinschaftlich erst mit der Existenz der Sache beginnen. Und so stehen sich denn auch mehrere nach einander bestellte Generalpfandrechte in Bezug auf die nach beiden Pfandconstituirungen neu hinzuerworbenen Sachen gleich (concurrit uterque creditor in pignore)[11]).

4. Die wirkliche Vornahme des Verpfändungsactes, geschehe diese nun durch *contractus pignoraticius*, oder durch *pactum hypothecae*. Zu dem pactum hypothecae ist kein Hinzutreten einer traditio nothwendig, weil nach dem Begriffe des Pfandrechtes als einer rei obligatio[12]) die Sache nicht auch wie bei den übrigen dinglichen Rechten dienstbar wird.

II. Wird über den Pfandvertrag eine obrigkeitlich beglaubigte Urkunde aufgenommen, oder heut zu Tage das Pfand in die (den Römern unbekannten) Hypothekenbücher eingetragen, so heisst das *pignus publicum*, und wenn die Pfandurkunde von drei tüchtigen Zeugen (testes optimae opinionis) unterschrieben wird, heisst das *pignus quasi publicum*. Es gilt in beiden Fällen die Verpfändung als sofort bewiesen, während ein *pignus privatum*, d. h. worüber keine öffentliche Urkunde aufgenommen ist, erst bewiesen werden muss, wenn es bestritten wird. Leo[13]) bestimmte aber ausserdem[14]), dass das pignus publicum und quasi publicum dem pignus privatum vorgeht.

III. Nach deutschrechtlichen Grundsätzen, welche schon früher in einzelnen Stadtrechten und durchweg in den neueren Gesetzgebungen zur Geltung gelangt sind, hat eine Hypothek nur dann gegenüber Dritten Wirkung, wenn sie in ein öffentliches Register (Hypothekenbuch) eingetragen ist. Man nennt dieses das Princip der Publicität.

§. 169. Von dem testamentarischen Pfandrecht[1]).

Wenn ein Erblasser seinem Gläubiger oder dem Gläubiger eines Dritten im letzten Willen ein Pfandrecht an seiner eigenen

11) L. 7. §. 1. qui pot. XX. 4. — 12) S. o. §. 162. nr. I. — 13) L. 11. Cod. qui pot. VIII. 18. a. 469. — 14) Dieses läugnet gegen den klaren Wortlaut der l. 11. cit. Vangerow §. 387.

§. 169. 1) Paulus l. 36. pr. de pign. act. XIII. 7: Testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum praetore saepissime rescripsit. — Vering, Röm. Erbr. S. 173.

Sache hinterlässt, so gilt dieses *pignus* † *testamentarium* sofort beim Tode des Erblassers als begründet und kann es beim Antritt der Erbschaft geltend gemacht werden. Ein testamentarisch bestelltes Vermächtniss eines Pfandrechtes an einer Sache des Erben oder eines Dritten legt bloss dem Belasteten die Verpflichtung auf, das Pfand erst zu bestellen.

§. 170. Die gesetzlichen Pfandrechte[1]).

Die unmittelbar kraft gesetzlicher Vorschrift, sobald die Forderung rechtlich begründet ist, eintretenden Pfandrechte, (*pignora legalia*, *tacita*) sind sämmtlich Hypotheken und theils specielle, theils generelle.

I. Das älteste gesetzliche Pfandrecht ist ein specielles und zwar 1) das des Vermiethers oder Verpächters eines praedium an den Mobilien (invecta, inducta, illata) des Miethers und den Früchten des Pächters, welches schon unter Trajan und Hadrian in Rom bestand, und durch Justinian auf das ganze Reich erstreckt wurde[2]). Es kamen allmählich noch folgende specielle gesetzliche Pfandrechte hinzu: 2) durch ein S. C. unter Marc Aurel das Pfandrecht desjenigen, der Geld zur Wiederherstellung eines Gebäudes herlieh, an dem Gebäude (*pignus insulae*)[3]); 3) in der Zeit der Severe das Pfandrecht des Mündels an den mit seinem Gelde gekauften Sachen[4]); 4) durch Justinian das Pfandrecht des Vermächtnissnehmers an der Erbportion des Onerirten, und zwar wenn mehrere Onerirte sind, haftet der Erbtheil eines Jeden nur pro rata[5]).

II. Ein gesetzliches generelles Pfandrecht am Vermögen des Schuldners bestand noch nicht zur Zeit Marc Aurel's[6]), besteht aber sicher 1) seit Caracalla für den Fiscus wegen Steuern und Abgaben und auch wegen Contractsforderungen[7]), jedoch nicht auch wegen Strafforderungen[8]), wegen deren der Fiscus bloss ein privilegium exigendi[9]) erhielt. Auch der Regent und die Regentin er-

§. 170. 1) Dig. XX. 2. Cod. VIII. 15. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. — Vangerow Bd. I. §. 375. — 2) S. o. §. 164. II. S. 388; l. 3. 4. 7. in quib. caus. pign. tac. XX. 2; l. 24. §. 1; l. 53. locati XIX. 1; l. 14. §. 3. de alim. et cib. legat. XXXIV. 1; l. 198. l. 211. de V. S. — 3) L. 1. pr. in quib. caus. pign. tac. XX. 2. — 4) L. 3. pr. de reb. eor. qui sub tut. XXVII. 9; l. 6. Cod. de servo pign. dato. VII. 8. — 5) L. 1. comm. de legat. VI. 43; Nov. 108. c. 2. — 6) Scaevola l. 21. qui pot. in pign. XX. 4. — 7) Hermog. l. 46. §. 3. de iure fisci XLIX. 14: Fiscus semper habet ius pignoris.; l. 1. 2. Cod. h. t. VIII. 15; l. 1. Cod. si propt. publ. pens. IV. 46; l. 28. Dig. de iure fisci. XLIX. 14. — 8) L. 17. 37. de iure fisci. XLIX. 14; l. un. Cod. fiscal. poen. cred. praeferri. X. 7. — 9) S. u. §. 186.

hielten ein gesetzliches Pfandrecht gleich dem Fiscus[10]. 2) Schon vor Constantin bestand das gesetzliche generelle Pfandrecht der Unmündigen und Minderjährigen an dem Vermögen ihrer Tutoren und Curatoren[11], und Justinian dehnte dasselbe auch auf Wahnsinnige aus[12]. Die Mutter oder Grossmutter muss jedoch ihr gesammtes Vermögen vor Uebernahme der Vormundschaft ausdrücklich verpfänden[13], und ein gesetzliches Pfandrecht an ihrem ganzen Vermögen tritt erst dann ein, wenn sie zu einer zweiten Ehe schreitet, ohne Rechnung von der Vormundschaft abgelegt zu haben[14], in welchem Falle das gesetzliche Pfandrecht sogar auch an dem Vermögen ihres zweiten Mannes begründet wird[15]. Justinian begründete die übrigen generellen gesetzlichen Pfandrechte, nämlich 3) das des Mannes an dem Vermögen des zur Bestellung einer dos Verpflichteten[16]; 4) das der (orthodoxen) Ehefrau am Vermögen des Mannes wegen der zu restituirenden dos, wobei sie das Recht hat, die in ihr Eigenthum zurückfallenden Dotalsachen selbst mit der Pfandklage in Anspruch zu nehmen[17]; 5) das der Frau wegen ihrer Paraphernalcapitalien[18], nach der Praxis wegen aller bona parapherna, deren Verwaltung sie dem Manne überlässt[19]; 6) das der Frau wegen der ihr bestellten donatio propter nuptias[20]; 7) das der Kinder am Vermögen ihres pater familias wegen der von ihrer Mutter oder ihren mütterlichen Grosseltern herrührenden Güter, an denen der Vater den Niessbrauch und die Verwaltung hat[21], sowie das der Kinder am Vermögen des zu einer anderen Ehe schreitenden parens (binubus) wegen aller Güter, deren Proprietät dadurch an die Kinder aus der früheren Ehe fällt, und zwar rückwärts von der Zeit der Erwerbung jener Güter an, und zwar so, dass die Kinder, je nachdem es ihnen am vortheilhaftesten scheint, entweder die ihnen verfallenen Güter als Eigenthum vindiciren, oder mit der Pfandklage in Anspruch nehmen können[22]; 8) das generelle Pfandrecht an dem Vermögen desjenigen, dem etwas sub condicione viduitatis hinterlassen wurde, zu Gunsten der

10) L. 6. §. 1. de iure fisci XLIX. 14. — 11) Sever. et Antonin. l. un. Cod. rem. alienam gerentibus. IV. 53; Scaev. l. 10. in quib. caus. pign. tac. XX. 2. — 12) L. 20. Cod. de adm. tut. V. 37; l. 7. §. 5. 6. Cod. de cur. fur. V. 70. — 13) L. 3. Cod. quando mulier. V. 25; Nov. 94. c. 1. — 14) Nov. 22. c. 40. — 15) L. 2. Cod. quando mul. V. 25; l. 6. Cod. in quib. caus. pign. tac. contrah. VIII. 15; Nov. 22. c. 40. — 16) L. un. §. 1. Cod. de rei ux. act. V. 13. — 17) L. un. §. 1. Cod. de rei ux. act. V. 13; l. 19. Cod. de donat. ante nupt. V. 3; l. 30. Cod. de iure dot. V. 12. — 18) S. u. §. 228. — 19) L. 11. Cod. de pact. conv. V. 14. — 20) S. u. §. 227; Nov. 109. c. 1. cf. l. 12. §. 2. Cod. qui pot. VIII. 18. — 21) Vgl. u. §. 234. nr. IV. — 22) L. 6. §. 2. l. 8. §. 4. Cod de sec. nupt. V. 9. cf. Nov. 98. c. 1.

Person, an welche bei Nichterfüllung dieser Bedingung das Hinterlassene zurückfällt[23]). 9) Endlich begründete Justinian auch das generelle Pfandrecht der Kirche am Vermögen ihres Emphyteuta wegen Verschlechterung der Emphyteuse[24]).

III. In den neueren Gesetzgebungen gilt das deutschrechtliche Princip der Specialität, d. h. eine Hypothek entsteht nur, wenn sie für eine genau bestimmte Summe und auf ein individuell bestimmtes Grundstück im Hypothekenbuche eingetragen ist. Eine Generalhypothek gibt es darnach nur noch in dem Sinne, dass der Gläubiger berechtigt wird, seine Forderung auf alle Grundstücke des Schuldners einzeln eintragen zu lassen. Auch gibt es hiernach keine Hypotheken an beweglichen Sachen.

§. 171. Von dem richterlichen Pfandrechte[1]).

Der Prätor führte eine doppelte besondere Art von Pfandrecht ein:

1. Das *pignus praetorium*, d. h. dasjenige Pfandrecht, welches in Folge prätorischer immissio (ex primo decreto) an einzelnen Sachen, oder ganzen Vermögensmassen begründet wird und welches dem Immittirten blosse Detention und als Schutzmittel das interd. ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, gewährt, nämlich bei Einweisung der Gläubiger in das Vermögen des zahlungsunfähigen Schuldners[2]), im Falle der immissio damni infecti nomine[3]), oder legatorum servandorum causa[4]) und bei der Einweisung der Mutter eines ungeborenen Kindes. Ein Verkaufsrecht entsteht nur in dem erstgenannten Falle. Dieses prätorische Pfandrecht entsteht mit dem Augenblicke, wo der Gläubiger in Folge des Decrets wirklich in den Besitz eintritt. Mehrere prätor. Pfandgläubiger haben ein gleich stark concurrirendes Pfandrecht, es entscheidet hier nicht das Alter[5]).

2. Das in der Kaiserzeit aufgekommene *pignus in causa iudicati captum* († iudiciale im engeren Sinne)[6]).

3. Möglicher Weise konnte der Richter auch in einem iudicium divisorium durch adiudicatio ein gewöhnliches Pfandrecht begründen. In den Quellen ist dieser Fall aber nicht erwähnt.

23) Nov. 22. c. 44. §. 2. 3. 9. — 24) Nov. 7. c. 3. §. 2.

§. 171. 1) Cic. pro Quinct. 27; Dig. XLIII. 4. ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit.; l. 26. pr. de pign. act. XIII. 7; l. 31. de re iudic. XLII. 1; Cod. VIII. 22. de praet. pign.; VIII. 23. si in causa iudicati.

2) S. o. §. 135. II. — 3) S. o. §. 139. nr. III. S. 302. — 4) S. u. §. 278. nr. V. — 5) Ulp. l. 26. de pign. act. XIII. 7: Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui etc. Sciendum est, ubi iussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem. — 6) S. o. §. 135. S. 285 f.

§. 172. Die hypothekarische Succession[1]).

Ein Eintritt in ein bestehendes Pfandrecht kann

I. unmittelbar durch Rechtsgeschäft mit dem Gläubiger geschehen:

1. durch Afterpfändung (subpignus)[2]);

2. durch Cession der Pfandforderung[3]);

3. durch *ius offerendi et succedendi*, d. h. dadurch, dass von mehreren Pfandgläubigern der eine (vorgehende oder nachfolgende) Pfandgläubiger dem anderen dessen Pfandforderung auszahlt (oder wenn dieser die Annahme der Zahlung verweigert, bei Gericht dieselbe deponirt) und damit ohne Weiteres an dessen Stelle tritt[4]). Dasselbe Recht hat der dritte Besitzer des Pfandobjekts, wenn er mit der actio hypothecaria von dem Pfandgläubiger auf Herausgabe des Pfandobjekts belangt wird.

4. Durch rechtskräftiges Erkenntniss kann ein nachstehender Pfandgläubiger an die Stelle des Vorgehenden rücken, er tritt dadurch jedoch nur soweit auch vor die noch zwischen ihm und dem Besiegten stehenden Pfandgläubiger, als der Besiegte jenen vorging, d. h. soweit die Forderung des Besiegten reicht.

II. Eine mittelbare Succession durch Rechtsgeschäft mit dem debitor tritt ein:

1. wenn Jemand dem Schuldner ein Darlehen gibt, mit der ausdrücklichen Bestimmung, dass dadurch der Pfandgläubiger abgefunden werden soll. Dieses ist etwas Singuläres, da man dadurch für eine ganz junge Forderung ein altes Pfandrecht, das des abgefundenen Gläubigers, erhält. Jedoch ist dieses billig, da Keiner von den übrigen Creditoren dadurch beeinträchtigt wird.

2. Wenn Jemand das Pfandobjekt kauft, damit aus dem Erlös der Pfandgläubiger befriedigt werde, so tritt er, ohne eine Forderung zu haben, insofern an die Stelle des abgefundenen Gläubigers, als er die exceptio potioris pignoris gegen die Pfandklagen der nachstehenden Pfandgläubiger erhält[5]).

3. Wenn ein Pfandschuldner die eine Sache an den einen, die andere an den anderen Gläubiger verpfändet hat, und der eine Pfandgläubiger erlaubt ihm die Veräusserung des Pfandobjektes,

§. 172. 1) Paul. II. 13. §. 8; Dig. XX. 4. Cod. VIII. 19. de his qui in priorum creditorum locum succedunt; l. 5. pr. Dig. de distract. pignor. XX. 5. — 2) S. o. §. 165. S. 390. — 3) S. u. §. 181. — 4) Marcian. l. 5. pr. de distr. pign. XX. 5: Cum secundus creditor, oblata priori pecunia in locum eius successerit, venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit. — 5) L. 17. qui pot. in pign. XX. 4; l. 3. §. 1. de distr. pign. XXV. 5; l. 3. Cod. h. t. VIII. 19.

damit der andere Pfandgläubiger abgefunden werde, so erhält der erstere Pfandgläubiger statt seines bisherigen Pfandrechtes das Pfandrecht des abgefundenen anderen Gläubigers.

III. Wenn bei der novatio einer Pfandforderung ausdrücklich beigefügt wird, dass das Pfandrecht der alten Forderung für die neue Forderung ebenfalls gelten solle, so datirt das Pfandrecht der neuen Forderung von dem Pfandrechte der alten Forderung her *(successio in sui ipsius locum)*[6]).

§. 173. Von den Rechten des Pfandgläubigers.

I. Alle Accessionen des Pfandobjektes gelten im Zweifel als mit verpfändet[1]), so dass wegen ihrer eine selbstständige actio hypothecaria angestellt werden kann. Namentlich sind auch, wenn eine fruchttragende Sache verpfändet worden ist, die künftigen Früchte als stillschweigend mitverpfändet anzusehen; jedoch bezieht sich diese stillschweigende, ebenso wie eine etwaige ausdrückliche Verpfändung, nur auf diejenigen Früchte, die zur Zeit der Separation in das Eigenthum des Verpfänders oder seines Erben fallen[2]).

II. Dagegen, wenn es sich fragt, welche Früchte dem Pfandgläubiger ex officio iudicis zugesprochen werden müssen, wenn derselbe mit der hypothekarischen Klage gegen den Besitzer der verpfändeten Sache aufgetreten ist, so kommt es nicht auf die Separation der Früchte während des Eigenthums des Verpänders an, sondern, soweit das Pfandobjekt selbst zur Deckung der Forderung nicht hinreicht, muss für die Zeit nach der Litiscontestation gemäss allgemeinen Grundsätzen[3]) jeder Besitzer, mag es der Verpfänder, oder ein folgender Eigenthümer, oder ein dritter gut- oder bösgläubiger Besitzer sein, auf Herausgabe aller Früchte verurtheilt werden, sowohl der fructus percepti als der fructus percipiendi, sowohl der fructus exstantes als der consumti; und für die Zeit vor der Litiscontestation muss 1. der mit der Pfandklage belangte Verpfänder selbst oder dessen Erbe auf Restitution der Früchte verurtheilt werden, weil die Früchte hier als mitverpfändet gelten[4]). 2. Der mit der Pfandklage belangte folgende Eigenthümer des Pfandobjekts kann aber niemals wegen der vor der Litiscontestation gezogenen Früchte verurtheilt werden, weil dieselben weder Pfandobjekte sind, noch auch vor der Litis-

6) L. 11. §. 1. de pign. act. XIII. 7; l. 3. pr. l. 21. pr. qui pot. in pign. XX. 4.

§. 173. 1) L. 21. de pign. act. XIII. 7; l. 16. pr. de pign. XX. 1. — 2) L. 3. Cod. in quib. caus. pign. VIII. 15; l. 25. §. 2; l. 29. Dig. de pignor. XX. 1; l. 1. Cod. de partu pign. VIII. 25. Vgl. Vangerow I. §. 370. — 3) S. o. §. 124. II. 2. b. S. 263. — 4) S. nr. I.

contestation irgend ein obligatorisches Verhältniss zwischen dem Eigenthümer und dem Pfandgläubiger besteht, welches den ersteren zur Herausgabe der in sein volles Eigenthum gefallenen Früchte verpflichtete. 3. Der mit der actio hypothecaria belangte dritte (gut- oder bösgläubige) Besitzer muss jedoch für die Zeit vor der Litiscontestation alle fructus exstantes herausgeben, indem er ja auch dem vindicirenden Eigenthümer gegenüber zu dieser Restitution verpflichtet wäre[5]).

III. Wenn nicht vertragsmässig besonders festgestellt ist, für welches Stück der Forderung eine Sache verpfändet sein soll, so haftet das Pfand für die Schuld in ihrem ganzen Umfange und namentlich auch für die accessorischen Leistungen (Conventional- und Verzugszinsen, Conventionalstrafe, Impensen), insofern als die Verbindlichkeit zu denselben wenigstens ihrem Keime nach schon im Augenblick der Verpfändung vorhanden war[6]).

IV. Wenn die Forderung fällig ist, darf der Gläubiger dem Schuldner den Verkauf des Pfandobjektes androhen[7]); mit dem wirklichen Verkauf muss er nach Vorschrift Justinian's[8]) nach stattgehabter denunciatio noch zwei Jahre warten. Jedoch kann bei der Verpfändung besonders ausgemacht sein, dass keine besondere Denunciation nöthig sei oder dass der Verkauf in kürzerer Zeit stattfinden dürfe[9]). Bei den Römern geschah der Verkauf nur bei dem pignus in causa iudicati captum gerichtlich, und hierbei braucht nur zwei Monate vom Tage der Auspfändung an gewartet zu werden[10]). Heutzutage geschieht der Verkauf eines Pfandobjekts stets gerichtlich. Der Verkäufer musste aber schon bei den Römern möglichst das Interesse des Verpfänders wahren[11]); er veräussert gleichsam procuratorio nomine. Für Eviction (Ersatz wegen Abstreitung der Sache durch einen Dritten, der ein besseres Recht an der Sache hatte als der Verpfänder) haftet der Verkäufer daher nur, wenn er diese ausdrücklich versprach, oder sich doloser

5) L. 16. §. 4. de pign. XX. 1.

6) Pompon. l. 8. §. 5. de pign. act. XIII. 7: Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob caetera quoque, velut usuras et quae in id impensa sunt. L. 13. §. ult. de pignor. XX. 1; l. 4. Cod. de usuris. IV. 32; l. 22. Cod. eod.

7) Dig. XX. 5. de distractione pignorum et hypothecarum; Cod. VIII. 28. de distr. pignorum VIII. 29. debitorem venditionem pignoris impedire non posse; VIII. 30. si vendito pignore agatur; VIII. 46. creditorem evictionem pignoris non debere.

8) L. 4. Cod. de distr. pign. VIII. 28; l. 3. §. 1. Cod. de iure dom. imp. VIII. 34. — 9) Ueber das pact. ne liceat vend. vgl. o. §. 163. — 10) L. 31. de rei iud. XLII. 1; l. 2. Cod. si in causa iud. pign. VIII. 23. — 11) L. 4. 9. Cod. de distr. pign. VIII. 28; Cod. tit. si vend. pign. agat. VIII. 30.

Weise beim Verkauf wie ein Eigenthümer gerirte oder bloss ein nachstehender Pfandgläubiger war und sich wie der prior creditor betrug[12]). Der Käufer kann aber von dem Faustpfandgläubiger stets verlangen, dass ihm derselbe seine actio pignoraticia contraria gegen den Verpfänder cedire, um von diesem eventuell Eviction verlangen zu können. Auch ist gewiss eine *utilis actio emti* von Seiten des Pfandkäufers gegen den Verpfänder zu demselben Zwecke zulässig.

Auf den Käufer des Pfandobjects geht das Pfandrecht des Verkäufers über, insoweit es sich um Behauptung der Sache gegenüber den noch nicht erloschenen Pfandrechten nachstehender Gläubiger handelt. Wenn der Verkauf daher durch den prior creditor geschieht, so erhält der Käufer die *exceptio potioris pignoris* gegen die nachstehenden Pfandgläubiger. Wenn der Pfandverkauf durch einen nachstehenden Pfandgläubiger geschieht, so bleiben die besseren Pfandrechte der vorgehenden Gläubiger bestehen.

Der Pfandgläubiger muss den etwaigen Mehrerlös *(hyperocha)* den nachstehenden Pfandgläubigern, oder sonst dem Verpfänder herausgeben. Erlöst er weniger durch den Verkauf, so bleibt er für den Rest Gläubiger[13]).

V. Findet sich kein annehmbarer Käufer, so kann der Pfandgläubiger nach nochmaliger Aufforderung zur Zahlung bei dem Regenten, nach heutiger Praxis beim Gerichte nachsuchen, dass ihm das Eigenthum der verpfändeten Sache für den Taxwerth zugeschlagen werde[14]). Der Schuldner hat dann aber noch während zwei Jahren ein Wiedereinlösungsrecht (ius luitionis). Anders ist es bei der gerichtlichen Versteigerung, welche schon nach röm. Recht beim *pignus in causa iudicati captum* stattfand, indem hier der Gläubiger selbst, wie jeder Andere, als Käufer auftreten kann[15]). Findet sich aber beim pignus in causa iudicati captum kein Käufer, so wird das Eigenthum des Pfandobjects durch den Princeps (oder heutzutage durch das Gericht) dem Pfandgläubiger sofort definitiv, ohne Wiedereinlösungsrecht des Schuldners, für den Betrag der ganzen Forderung zugesprochen, sogar auch dann, wenn die Sache weniger werth ist, als die Forderung beträgt[16]).

12) L. 13. de distr. pign. XX. 5; l. 10. eod.; l. 1. 2. Cod. creditorem evictionem non debere. VIII. 46; l. 11. §. 16. Dig. de act. emti XIX. 1.

13) Gaius l. 28. de reb. credit. XII. 1: Creditor, qui non idoneum pignus accepit, non amittit exactionem eius debiti quantitatis, in quam pignus non sufficit.

14) Cod. VIII. 34. de *iure dominii impetrando.* — 15) L. 2. Cod. si in causa iud. pign. VIII. 23. — 16) L. 15. §. 3. de re iud. XLII. 1; l. 3. Cod. de executione rei iud. VII. 53; l. 3. Cod. si in causa iud. VIII. 23.

VI. Ein anderes Recht des Pfandgläubigers ist das *ius retinendi*, d. h. er braucht das Pfandobject, wenn er im Besitz desselben ist, dem Verpfänder nicht eher herauszugeben, als bis er für seine Pfandforderung befriedigt ist. Kaiser Gordian[17]) gewährte aber jedem Pfandgläubiger, der sich auf irgend eine Weise in dem Besitze des Pfandgegenstandes befindet, gegenüber dem Pfandschuldner, der zugleich der Verpfänder ist, oder wenn derselbe fallirt, der Concursmasse gegenüber sogar ein Retentionsrecht an dem Pfandobjecte auch nach Bezahlung der Pfandforderung wegen jeder sonstigen Forderung, selbst wenn die Forderung, wegen welcher retinirt werden soll, nicht mit dem Pfandobjecte connex ist *(† Gordiana retentio ob chirographariam obligationem)*[18]).

§. 174. Von dem Verhältniss mehrerer Pfandgläubiger[1]).

I. Es ist möglich, dass verschiedene Personen, die in gar keinem Succesionsverhältnisse zu einander stehen, dasselbe Object verpfänden; in diesem Falle geht derjenige Pfandgläubiger allen andern vor, welcher sein Recht von dem Bestberechtigten ableitet, also schliesst derjenige, welcher von dem Eigenthümer sein Pfandrecht ableitet, den aus, der es von einem bonae fidei possessor ableitet, und dieser schliesst den aus, der es von einem malae fidei possessor ableitet; aber wenn zwei bonae fidei possessores verpfänden, so entscheidet unter ihren Pfandgläubigern der Besitz, nie das Alter[2]).

II. Wenn derselbe Gegenstand von Mehreren, die in einem Successionsverhältnisse stehen, verpfändet wurde, so kann dieses 1. auf einer Afterverpfändung[3]) beruhen; in diesem Falle geht der Afterpfandgläubiger stets dem ersten Pfandgläubiger, d. h. seinem Pfandschuldner vor *(creditor creditoris creditori debitoris praefertur)*, sollte dieser auch sonst einen Vorzug vor anderen Pfandgläubigern[4]) haben; oder 2. im Falle, dass ein Universalsuccessor des Verpfänders die Sache weiter verpfändet hat, so verhält es sich gerade so, wie wenn der Verpfänder selbst weiter verpfändet hätte[5]); 3. dasselbe Verhältniss tritt auch ein, wenn ein Singularsuccessor des Verpfänders die Sache weiter verpfändet hat.

III. Es erübrigt der Fall, wenn mehrere von einem und demselben Verpfänder constituirte Pfandrechte zusammentreffen.

17) L. un. Cod. *etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse* VIII. 27. — 18) Ueber das kaufmännische Retentionsrecht vgl. Art. 313. und 314. des Hand.-Ges.-B.

§. 174. 1) Dig. XX. 4; Cod. VIII. 18. qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur. — 2) L. 14. qui pot. in pign. XX. 4. — 3) S. o. §. 165. nr. II. — 4) S. nr. III. — 5) S. nr. III.

Anfangs konnten an derselben Sache nicht mehrere aufeinander folgende Pfandrechte begründet werden, sondern nur der erste Pfandgläubiger erhielt ein wirkliches Pfandrecht, die übrigen erhielten bloss eine Exspectanz darauf. In der Kaiserzeit entstand auch für die nachstehenden ein wirkliches Pfandrecht. Der erste Pfandgläubiger übt aber sein Recht so aus, wie wenn er der alleinige wäre. Die folgenden Pfandgläubiger stehen daher dem des vorgehenden in Betreff des Veräusserungsrechtes nach, und haben ihm gegenüber nur das ius offerendi[6]) und den Anspruch auf Herausgabe der hyperocha[7]).

Nach dem Grundsatze: nemo plus iuris in alium transferre potest etc., geht naturgemäss das ältere Pfandrecht dem jüngeren vor. Jedoch gehen einige Creditoren vermöge Privilegs den anderen vor[8]).

Das älteste Pfandprivileg entwickelte die römische Jurisprudenz aus der Natur der Sache, nämlich den Vorzug desjenigen, der Geld zur Anschaffung oder Erhaltung oder Wiederherstellung des Pfandobjectes gab, und unter mehreren solchen Pfandrechten *propter versionem in rem* geht wiederum naturgemäss das jüngere dem älteren vor, denn die anderen Pfandgläubiger hätten gar kein Pfandobject oder ein um so viel schlechteres, wenn nicht diese in rem versio stattgefunden hätte[9]).

Der Fiscus erhielt aber durch Privileg seit Antoninus Pius wegen rückständiger Steuerforderungen und Abgaben einen Vorzug vor allen anderen Pfandgläubigern[10]). Wegen Contractsforderungen erlangte der Fiscus schon zur Zeit des Papinian und Ulpian ebenfalls ein privilegirtes Pfandrecht, aber nur in re postea acquisita, d. h. wenn der Schuldner nach dem Contract Sachen erworben hat, so hat der Fiscus in Bezug auf diese ein Pfandprivilegium[11]), also ein Privilegium vor gleich alten, nicht aber vor älteren einfachen Pfandgläubigern.

Privilegirt ist ferner seit Justinian die gesetzliche generelle Hypothek der Frau (und ihrer Kinder als Erben) wegen der Restitution der *dos*[12]). Nach einer späteren Bestimmung Justinians[13]) soll dieses Dotalprivilegium für spätere Ver-

6) S. o. §. 172. I. — 7) S. o. §. 173. VI. — 8) Vgl. Vangerow I. §. 336. Anm. 1. — 9) Ulp. l. 5—7. qui pot. in pign. XX. 4; Papin. l. 3. §. 1. eod.; Diocl. et Maxim. l. 7. Cod. eod. VIII. 18. — 10) Antonin. l. 1. Cod. si propter public. pensitationes venditio fuerit celebrata. IV. 46. — 11) Ulp. l. 28. de iure fisci XLIX. 14; cf. l. 3. Cod. de primipilo. XII. 63. — 12) L. 12. Cod. qui pot. in pign. VIII. 18; §. 29. Inst. de act. IV. 6; Nov. 6. c. 1. i. f.; Nov. 91. c. 1. — 13) Nov. 97. c. 2.

mehrungen der dos aber nur dann gelten, wenn dasselbe in Immobilien besteht.

Endlich konnte nach justinianischem Rechte bei Darlehen zur Anschaffung einer wiederverkäuflichen *militia* (Hofdienst) in einer von Zeugen unterschriebenen Urkunde ausbedungen werden, dass das dafür bestellte Pfandrecht noch dem der Ehefrau wegen der dos vorgehen solle[14]).

Die Rangordnung der privilegirten Pfandrechte unter einander ist nun folgende:

1. Das Privileg des Fiscus für Abgaben.

2. Der ausbedungene Vorzug eines Pfandes für ein Darlehen zum Ankauf einer militia.

3. Das privilegirte Pfandrecht der Frau wegen der dos und das propter versionem in rem stehen einander gleich, und unter gleich privilegirten Pfandrechten geht wieder das ältere dem jüngeren vor; jedoch unter mehreren Pfandrechten propter versionem in rem geht das jüngere dem älteren vor[15]).

4. Der Fiscus wegen Contractsforderungen.

Im Uebrigen gilt auch unter den privilegirten Pfandrechten, wie schon bemerkt, wieder die Regel: prior tempore potior iure. Das privilegirte Pfandrecht geht aber eben wegen seines Privilegs dem nicht privilegirten Pfandrechte auch dann vor, wenn dieses aus den Zeiten des früheren Eigenthümers herrührt[16]).

Das *pignus publicum* und *quasi publicum* hat endlich den Vorzug vor den nur durch einfache Privaturkunde beweisbaren, wenngleich älteren Pfandrechten, wenn diese nicht sonst privilegirt sind[17]).

§. 175. Von den Pfandklagen insbesondere[1]).

I. Der creditor pignoraticius oder Faustpfandgläubiger hat utiliter alle Klagen des Eigenthümers[2]), ausserdem ein Retentionsrecht

14) Nov. 97. c. 4.

15) Glück, Erläuterung der Pandekten Bd. 29. S. 342 ff.; Sintenis, Prakt. Civilrecht Bd. I. §. 80; Mühlenbruch, Lehrbuch §. 320; Göschen, Vorles. II. §. 351; Keller, Pand. §. 205.; Windscheid, Lehrb. §. 246. Note 8 u. A. wollen dem Privileg der Frau wegen der dos den Vorzug vor dem Pfandprivileg propter versionem in rem geben. Vgl. dagegen Vangerow I. 386. Anm. 2.

16) Die entgegengesetzte Meinung hat hier Arndts Pand. §. 385, Windscheid, Pand. §. 246 a. E. und galt bis auf Thibaut, Civil. Abhandl. nr. 13 allgemein in der Praxis. Vgl. Vangerow I. §. 385.

17) Vgl. o. §. 168. S. 394.

§. 175. 1) §. 7. Inst. de act. IV. 6; l. 16. D. pign. et hyp. XX. 1; §. 3. i. f. Inst. de interd. IV. 15; Dig. XLIII. 33.; Cod. VIII. 9. de Salviano interdicto; cf. Gai. IV. 147. — 2) S. §. 164. S. 388.

wegen impensae necessariae und utiles, und auch die actio in personam pignoraticia contraria gegen den Verpfänder [3]), und ebenso wie der creditor hypothecarius die dingliche Pfandklage *(vindicatio pignoris, actio Serviana, quasi Serviana, hypothecaria,* die auch *pignoraticia in rem* genannt wird) gegen jeden dritten Besitzer auf Anerkennung des Pfandrechtes und Herausgabe des Pfandobjects cum omni causa [4]). Der Beweis geht hier auf die Existenz der Forderung und ausserdem bloss auf Bestellung des Pfandrechtes, wenn der Verpfänder der Beklagte ist. Ist der Beklagte aber ein Dritter, so muss auch noch das Recht (Eigenthum oder titulus für die bonae fidei possessio) des Verpfänders nachgewiesen werden.

Paul. l. 18. de pign. et hyp. XX. 1.: 1: „Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam." — Die Formel der actio hypoth. hat man so zu restituiren gesucht: *I. E. si paret eam rem* (Grund und wohl auch Betrag der Schuld) A°. A°. pignori obligatam eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Am. Am. stare, quominus solvatur satisve fiat, nisi arbitratu tuo Ns. Ns. A°. A°. restituet, quanti ea res erit, Nm. Nm. A°. A°. condemna; si non paret absolve. (Vgl. Keller, Civilpr. §. 33.) — Marcian und Gaius schrieben jeder einen liber singularis ad formulam hypothecariam.

Der dritte Besitzer kann aber verlangen, dass sich der Gläubiger zunächst an seinen Hauptschuldner und dessen Bürgen halte *(exceptio † excussionis personalis)* [5]). Von der *exceptio † excussionis realis* war schon oben die Rede [6]). Der beklagte dritte Besitzer, sowie auch der von einem vorgehenden Pfandgläubiger belangte nachstehende Pfandgläubiger kann die Klage auch durch volle Befriedigung des Pfandgläubigers, in dessen Recht er dadurch succedirt, zurückweisen [7]). Auch kann der beklagte dritte Besitzer verlangen, dass ihm vor Herausgabe der Sache die Klage gegen den Pfandschuldner cedirt werde *(† benef. cedendarum actionum)*, um wo möglich später einen Rückgriff gegen diesen nehmen zu können; der beklagte Schuldner selbst kann auch die Pfandklage mit allen denjenigen Exceptionen zurückweisen, mit denen er die Forderung ope exceptionis zurückweisen kann. Ferner kann jeder mit der Pfandklage belangte dritte Besitzer oder nachstehende Pfandgläubiger eine Retentionseinrede vorschützen wegen nothwendiger und nützlicher Impensen, und der eine gleichberechtigte Pfandgläubiger gegen den anderen die Einrede des eigenen Pfandes, der vorgehende Pfandgläubiger oder wer von diesem das Pfand-

3) L. 8. pr. de pign. act. XIII. 7. — 4) L. 16. §. 5 de pign. XX. 1; l. 12. pr. qui pot. in pign. XX. 4.; Vgl. §. 173. nr. I. II. — 5) Nov. 4. c. 2. — 6) S. o. §. 166. a. E. — 7) S. o. §. 172.

object bei Ausübung des Pfandrechtes kaufte, gegen den anderen Pfandgläubiger auch eine exceptio oder replicatio potioris pignoris, und endlich jeder mit der Pfandklage Belangte die praescriptio longi temporis oder usucapio libertatis von 10, beziehungsweise 20 Jahren, sowie die Einrede der Extinctiv-Verjährung der actio hypothecaria († praescriptio longissimi temporis). Gegen den Verpfänder erlischt die Klage in 40 Jahren, gegen dritte Besitzer in 30 Jahren, und gegen nachstehende Pfandgläubiger in 30 Jahren, wenn die Lebenszeit des Verpfänders nicht für die Verjährungszeit mitgerechnet wird, sonst erst in 40 Jahren [8]).

II. Nach röm. Rechte hatte ursprünglich nur der Vermiether oder der Verpächter eines praedium [9]) das interdictum Salvianum; nach richtiger, durch die heutige Praxis unterstützter Ansicht hat aber nach späterem römischen Rechte auch jeder andere Pfandgläubiger das *interd.* als *quasi Salvianum* [10]), um sich in den Besitz der Pfandobjecte zu setzen. Zur Zeit der class. Juristen ging das Interdict auch gegen dritte Besitzer, nach dem Rechte des Codex geht es nur noch gegen den Verpfänder [11]). Der Beweis richtet sich hier nur auf die Vornahme (der Vermiethung oder Verpachtung des praedium, beziehungsweise) der Verpfändung. Das interdictum Salvianum und die actio Serviana oder hypothecaria verfolgen ganz verschiedene Zwecke; der Sieg oder die Niederlage im possessorischen Rechtsstreite, d. h. im interd. Salvianum, ist nicht präjudiciell für den petitorischen Rechtsstreit bei der actio Serviana.

III. Von den Klagen im Falle des *pignus nominis* [12]) und *pignus praetorium* [13]) war bereits die Rede.

§. 176. Die Rechte des Verpfänders.

I. Das Pfandrecht hebt das Eigenthum und das Veräusserungsrecht des Verpfänders nicht auf. Nur wenn eine res mobilis speciell verpfändet war, sahen die Römer in der Veräusserung ein furtum [1]). Durch eine Veräusserung von Seiten des Verpfänders wird aber das bereits an der Sache begründete Pfandrecht eines Pfandgläubigers ohne dessen Einwilligung nicht beeinträchtigt.

II. Bei dem Faustpfand und beim pignus praetorium erhält der Gläubiger sofort den Besitz des Pfandobjects. Aber ein Recht, das Pfandobject zu gebrauchen oder Früchte davon zu ziehen, er-

8) L. 7. Cod. de praescr. trig. vel quadrag. ann. VII. 39. — 9) S. o. §. 164. nr. 2. — 10) Dig. XLIII. 33. Cod. VIII. 9. — 11) L. 1. Cod. de prec. et Salv. interd. VIII. 8. — 12) S. o. §. 165. — 13) S. o. §. 171.

§. 176. 1) Vgl. auch o. §. 140 nr. IV. a. E.

hält der Gläubiger nicht (nach röm. Rechte war dieses sogar ein furtum usus), es sei denn, dass ihm dieses Recht durch ausdrücklichen Vertrag eingeräumt wäre († *pactum antichreticum*). Wenn aber für ein zinsloses Darlehen eine fruchttragende Sache als Pfand gegeben ist, so darf der Gläubiger, weil die Römer eine Art Naturobligation auf Bezahlung von Zinsen annahmen, die Früchte und Nutzungen von dem Pfandobjecte bis zum Belaufe des gewöhnlichen modus legitimus usurarum ziehen *(antichresis † tacita)*[2].

§. 177. Die Beendigung des Pfandrechts[1]).

I. Eine aus der besonderen Natur des Pfandrechts hervorgehende Erlöschung desselben ist es, dass es als accessorium der Forderung mit dieser erlischt, wenn die Forderung durch Befriedigung des Gläubigers erlischt oder der Gläubiger mit seinem Willen oder durch eigene Schuld nicht befriedigt ist. Wenn die principale Forderung auf andere Weise untergeht, so bleibt das Pfandrecht bestehen[2]).

II. Das Pfandrecht an einer ancilla sollte auch erlöschen, wenn dieselbe von dem Pfandgläubiger der Prostitution Preis gegeben wurde.

III. Durch Veräusserung von Seiten des prior creditor erlischt auch das Pfandrecht der nachstehenden Pfandgläubiger, indem der Käufer die exceptio potioris pignoris gegen sie erlangt[3]).

IV. Im Uebrigen erlischt das Pfandrecht ähnlich wie andere iura in re aliena durch Untergang des Objectes; durch confusio, d. h. durch Zusammentreffen des Eigenthums und Pfandrechts in einer Person[4]); durch Ablauf der Zeit oder Eintritt einer Resolutivbedingung; durch Verzicht (welcher schon in der Erlaubniss der Veräusserung eingeschlossen liegt); durch Verjährung der Pfandklage[5]); durch Ersitzung freien Eigenthums von Seiten eines Dritten; durch Erlöschung des Rechtes des Verpfänders, wenn dieses schon zur Zeit der Bestellung des Pfandes dinglich beschränkt war. Verkauft der Fiscus eine, wenn auch ihm nicht verpfändete, aber

2) Paul. l. 8. in quib. caus. pig. tac. contrah. XX. 2. „Cum debitor pecunia gratuita utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere.“

§. 177. 1) Dig. XX. 6. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur; VIII. 26. de remissione pignoris; VIII. 31. de luitione pignoris. — 2) S. u. §. 219. XV. 2. Aehnlich ist es beim constitutum debiti alieni. S. u. §. 182. — 3) S. o. §. 175. nr. I. geg. Ende. — 4) Paul. l. 30. §. 1. de except. rei iud. XLIV. 2: „. . neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore.“ — 5) S. o. §. 175.

mit Pfandrechten belastete fremde Sache ohne Vorbehalt, so erlöschen dadurch die Pfandrechte an der Sache, und die Gläubiger behalten nur Entschädigungsansprüche an den Fiscus[6]). Justinian legte eine ähnliche Wirkung dem Verkaufe mit Pfandrechten belasteter Erbschaftssachen durch den Erben, der cum beneficio inventarii[7]) angetreten hatte, bei[8]).

6) L. 8. Cod. de remiss. pign. VIII. 26; s. o. §. 144. S. 319. — 7) S. u. §. 260. nr. 3. — 8) L. 22. §. 5 sqq. Cod. de iure deliberandi VI. 30.

Drittes Buch.

Das Obligationenrecht[1]).

§. 178. Begriff und Arten der obligatio[1]).

I. *Obligatio* ist das Rechtsverhältniss zwischen mindestens zwei Personen, vermöge dessen der Eine, der creditor, von dem Anderen, dem debitor, oder beide gegenseitig von einander bestimmte Handlungen verlangen können, die ein vermögensrechtliches Interesse gewähren[3]). Oft bezeichnet obligatio auch bloss die Forderung,

1) Gai. III. 88—225; Paul. S. R. II. 1—18. IV. 7—11; Greg. Cod. I. 2; Hermog. Cod. titt. 4. 8. 13. 15; Theod. Cod. II. 9; Collat. 10; Consult. 1. 4. 7. 9; Inst. III. 13. (14)—IV. 5; Dig. XLIV. 7—XLVII. 19. 21. 22; Cod. III. 35. —IV; VI. 1. 2; VIII. 38. (37)—45. (44.); IX. 19. 32—39. — Bucher, Das Recht der Forderungen nach den Grundsätzen des Justinianischen Rechts. 2. Aufl. Leipzig 1830; Unterholzner's quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des R. R. von den Schuldverhältnissen, herausgegeben von Huschke. 2 Bde. Leipzig 1840; Molitor, Les Obligations en droit romain. Tom. I—III. Gand. 1851—53; Savigny, Das Oblig.-R. Bd. I—II. Berlin 1851. 53.; Vangerow, Pand. Bd. III.; Windscheid, Lehrb. d. Pand. R., Bd. II. 2. Aufl. Düsseldorf 1868; Koch, Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preuss. Rechte. 3 Bde. 2. Aufl. Berlin 1859—60; Larombière, Théorie et Pratique des obligations. tom. 1—3. Paris 1868; Bruns in Holtzendorff's Encyclopädie I. 2. Aufl. S. 378—415.

§. 178. 2) Vgl. über das Wesen und den Inhalt der Obligationen den kritischen Ueberblick über die neuere Doctrin bei Ziebarth, Die Realexecution und die Obligation. Halle 1866. S. 23—43.; Brinz in Grünhut's Ztschr. Bd. 1. nr. 1.

3) Windscheid, Pand. §. 251, Rudorff zu Puchta, Pand. §. 220, Ziebarth a. a. O. S. 29 ff. 171 ff. meinen, überhaupt und auch nach röm. Rechte brauche nicht nothwendig ein Geldinteresse, sondern könne auch ein sonstiges vernünftiges Interesse den Gegenstand der Forderung bilden. In den Quellen finden sich aber keine Beispiele solcher Obligationen, und auch Windscheid vermag kein Beispiel einer Obligation beizubringen, die nicht schliesslich auf ein Vermögensinteresse hinausläuft, wie dieses auch mit dem von ihm aufgestellten Beispiel einer Forderung, dass der Nachbar ein uns störendes Clavierspiel unterlasse, der Fall ist. Auch wird in den Quellen ausdrücklich das Vermögensinteresse als eine Eigenschaft des Gegenstandes der Obligation hervorgehoban. Vgl. Ulp. l. 9. §. 2. de statulib. XL. 7: „ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt"; pr. Inst. de oblig.

oder bloss die Schuld, oder auch die Schuldurkunde (cautio, chirographum)[4]).

II. Nach den Objecten unterscheidet man obligationes ad dandum, ad faciendum und ad praestandum[5]).

1. *Dare* ist die Gewährung von Eigenthum oder anderen dinglichen Rechten nach ius Quiritium. (Bei diesen Obligationen stand dem creditor eine intentio certa mit der formula: *dare oportere* zur Seite.) 2. *Facere* ist jede andere Leistung, auf welche eine actio mit einer formula in ius concepta gegeben ist. (Die intentio war hier eine incerta mit der formula: *dare facere oportere.*) 3. *Praestare* bezeichnet nach Savigny[6]) und Puchta[7]) die Schadenersatzleistung; nach der richtigen, namentlich von Vangerow und Wächter vertretenen Ansicht aber jede Leistung, auf welche dem Gläubiger eine actio mit einer formula in factum concepta zusteht, wobei also die intentio mit der demonstratio zusammenfiel. Im ältesten Rom bildete bloss ein dare den Inhalt einer wahren obligatio, erst später entstanden auch obligationes nach Civilrecht, deren Inhalt ein facere bildete.

III. Man unterscheidet *obligationes civiles* und *honorariae*, je nachdem sie nach Civilrecht oder nach ius honorarium klagbar sind[8]). Ursprünglich gab es nur civilrechtliche Obligationen[9]).

IV. *Obligationes civiles* heissen auch alle klagbaren Obligationen. Dahin gehören im neueren Rechte auch manche nicht im ius civile begründeten Obligationen. Den Gegensatz dazu bilden die *obligationes naturales tantum*, die bloss natürlichen Verbindlichkeiten[10]). Diese können aus und durch sich nicht mit einer Klage geltend gemacht werden, wohl aber die einen

III. 13; l. 3 pr. Dig. de. O. et A. XLIV. 7. Im alten Rechte trat der Inhalt der Obligation als auf eine Handlung gerichtet, die ein Vermögensinteresse haben muss, auf das Unzweideutigste auch dadurch zu Tage, dass die Condemnation niemals auf etwas Anderes, als auf eine Geldzahlung gerichtet wurde. Seit Aufhören des Formelverfahrens wurde zwar auf die Leistung des unmittelbaren Inhalts der Obligation verurtheilt und auch die Execution darauf gerichtet, aber in subsidium muss doch noch immer die Condemnation und Execution auf eine Geldzahlung geschehen. Es würde daher solchen Obligationen, die nicht schliesslich in ein Geldinteresse umgewandelt werden können, die vollständige rechtliche Erzwingbarkeit abgehen. Vgl. auch Arndts Pandekten §. 203. Anm. 1 und die dort. Citt.

4) Vgl. 196 am Ende. — 5) Gai. IV. 2; l. 13. §. 6.; Dig. XIX. 1.; Dig. de A. E. V. XIX. 1; l. 37. pr. Dig. de oper. lib. XXXVIII. 1. — 6) Oblig. R. I. 299—301; Syst. Bd. 5. Beil. XIV. nr. XXV—XXIX. — 7) Institut. Bd. II. §. 165. S. 102 der 6. Aufl. — 8) §. 1. Inst. de oblig. III. 13. [14.]. — 9) S. u. §. 181. f. — 10) Schwanert, Die Naturalobligationen des röm. Rechts. Göttingen 1861; Scheurl in den Jahrb. f. Dogmat. VII. 6.

mehr, die anderen weniger, durch andere Rechtsmittel. Die Rechtswirkungen, welche bei einer naturalis obligatio vorkommen können, aber nicht nothwendig zusammen vorhanden sein müssen, sind, dass sie geltend gemacht werden können durch soluti retentio, durch exceptio compensationis, retentionis[11]) und dadurch, dass für sie civilrechtlich wirksame Bürgschaften und Pfänder bestellt werden, und sie überhaupt die Basis für klagbare Geschäfte, wie namentlich auch für ein constitutum debiti proprii[12]) und für eine novatio[13]) bilden können. Es muss auch bei Berechnung des Peculiums[14]), sowie der Quarta Falcidia[15]) auf Naturalobligationen Rücksicht genommen werden. Bei der Regelung der Quarta Falcidia muss auf den Fall der Einzahlung oder Auszahlung der Naturalobligation wegen des Mehr- oder Minderbetrags, erstenfalls vom Erben, letztenfalls von den Vermächtnissnehmern Caution geleistet werden.

Paulus l. 1. §. 17. ad leg. Falcid. XXXV. 2: Id quod natura . . debetur, . . peti quidem non potest, solutum vero non repetitur. — Id. l. 10. de O. et A. XLIV. 7: Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit. — Pomp. l. 51. pr. de cond. ind. XII. 6.

Hierher gehören:

1. Die merae obligationes iuris gentium, die aus *pacta nuda*, d. h. klaglosen römischen Verträgen hervorgegangenen obligationes. (Solche gibt es im heutigen Rechte nicht mehr)[16]).

2. Mehrere diesen durch das Civilrecht theils mehr, theis weniger gleichgestellte abgeleitete Naturalobligationen. Dahin gehören[17]) die obligationes zwischen pater familias und filius familias, und zwischen Personen, die unter derselben potestas stehen; die Schulden, welche durch Prozessverjährung untergingen[18]), welche ein impubes ohne die auctoritas des Tutors einging[19]), ferner die Schulden desjenigen, der eine capitis diminutio minima erlitt, indem er durch Arrogation aufhörte, sui iuris zu sein[20]); die Gelddarlehensschulden der Hauskinder, wenn sie die Klage des Gläubigers durch die exceptio Senatus Cons. Macedoniani zurückgeschlagen haben; ferner die vom Gläubiger zur Strafe (z. B. wegen unerlaubter Cession) verwirkten Forderungen[21]); und endlich die betagten Obligationen, bis der dies certus eintritt.

V. *Obligationes* † *unilaterales* und † *bilaterales* unterscheidet

11) Vgl. o. §. 103. S. 204. — 12) Vgl. u. §. 218. nr. II. 1. — 13) Vgl. u. §. 219. — 14) S. u. §. 234. — 15) S. u. §. 279. — 16) S. u. §. 189. — 17) Zwei weitere Fälle vgl. o. §. 176. nr. II.; u. §. 219. nr. XV. 2. — 18) S. o. §. 118. nr. I. S. 238; l. 8. §. 1. ratam rem XLVI. 8; l. 30 ad leg. Aquil. IX. 2; Savigny Bd. 1. S. 98. — 19) Vgl. u. §. 241. nr. III. — 20) S. o. §. 42. S. 91. — 21) S. u. §. 219. nr. IX.

man, je nachdem ein Theil oder beide Theile zugleich nicht bloss berechtigt, sondern auch verpflichtet sind[22]).

VI. Streng einseitige *obligationes stricti iuris* und zweiseitige (bilaterales oder bilaterales inaequales) *bonae fides obligat.* unterschied man, je nachdem die daraus hervorgehenden Klagen stricti iuris oder bonae fidei waren[23]).

VII. *Obligationes certae* und *incertae*, je nachdem der Gegenstand (quid, quale, quantum quando, ubi,) von Anfang an fest bestimmt, oder je nach eintretenden Umständen und Verhältnissen einer Vermehrung oder Verminderung fähig ist, so dass die Erklärung der Parteien oder eines Dritten oder irgend eine andere Thatsache und nöthigenfalls der Richter erst die Bedeutung und den Inhalt der obligatio festsetzen soll[24]). Es hing dieser Unterschied mit dem gleichnamigen Gegensatze unter den actiones[25]) zusammen[26]).

VIII. *Obligationes dividuae* oder *individuae*, je nachdem der Gegenstand oder die Form der obligatio eine Theilung derselben zulässt oder nicht[27]). Untheilbar wegen ihres Inhalts sind Forderungen, welche auf Constituirung eines untheilbaren Rechtes (z. B. einer Realservitut) gerichtet sind, und gewöhnlich auch die Forderungen, die auf ein facere (im Gegensatze von dare und non facere) gerichtet sind. Wegen ihrer Form sind Forderungen, welche auf Leistung von Sachen in genere gerichtet sind[28]) und obligationes alternativae[29]) untheilbar, weil die Theilung die Obligation ändern würde.

§. 179. Von der † facultas alternativa und der obligatio † alternativa insbesondere.

I. Die † *facultas alternativa* ist eine obligatio, wobei nur una res debita *in obligatione* ist, so dass mit deren Untergang die ganze Obligation untergeht, auch nur una res *in petitione* ist, so dass der Gläubiger nur auf diese eine Sache seine Forderung richten kann, wo aber plures res *in solutione* sind, so dass der Schuldner statt der res debita auch eine andere leisten und sich dadurch liberiren kann, z. B. kann der mit einer Noxalklage Belangte statt den Schaden zu ersetzen, den Sclaven oder das Thier, wodurch der Schaden angerichtet wurde, noxae dedere. Ein anderes Beispiel einer

22) S. o. §. 77. S. 159; §. 114. nr. II. 13.f. S. 227. — 23) S. o. §. 114. II. 13. f. S. 226 ff. — 24) L. 6. de R. C. XII. 1; l. 74. 75. de V. O. XLV. 1. — 25) S. o. §. 114. nr. II. 13. S. 226. — 26) Vgl. auch Windscheid, Pand. §. 154. — 27) Ubbelohde, Die Lehre von den untheilbaren Obligationen. Hannover 1862.; vgl. auch u. §. 180. nr. IV. — 28) Paulus l. 85. pr. §. 1—6. de V. O. XLV. 1; vgl. Vangerow III. §. 567. — 29) S. folg. §.

facultas alternativa bietet bei einem Verkaufe eine laesio ultra dimidiam partem[1]), uud das † beneficium dationis in solutum der Kirchen[2]) und des Erben, der cum beneficio inventarii angetreten hat[3]).

II. *Obligationes* † *alternativae* sind diejenigen, bei welchen plures res alternativ nicht bloss *in solutione* sind, so dass der Schuldner sich ebenso gut durch Leistung der einen Sache, wie durch die Leistung der anderen liberiren kann, — sondern wobei auch die plures res alternativ *in obligatione*, und demgemäss auch alternativ *in petitione* sind. Es müssen hierbei die mehreren res debitae, unter deren Leistung der Schuldner, falls nichts Anderes vertragsmässig bestimmt ist, das Wahlrecht hat[4]), alternativ neben einander gefordert werden. Fordert der Gläubiger nur einen der alternativ geschuldeten Gegenstände, so wäre dieses eine plus petitio. Und durch Untergang eines der beiden alternativ geschuldeten in obligatione befindlichen Gegenstände geht die Obligation nicht unter, sondern erst dann, wenn sämmtliche alternativ geschuldeten Gegenstände untergegangen sind. Im Einzelnen muss man aber hierbei unterscheiden: 1. Geht die eine Sache durch Schuld des Creditors unter, so muss er deren Werth ersetzen und wenn die übrig gebliebene andere res debita einen grösseren Werth hat, muss er auch das plus ersetzen, was diese an Werth mehr als die untergegangene Sache beträgt, die sonst der Schuldner hätte leisten können. 2. Geht die eine Sache durch die Schuld des Debitors unter oder während der mora des Debitors, so muss der Schuldner die andere Sache leisten, und nur dann kann er sich auch durch Hingabe des Werthes der zu Grunde gegangenen Sache befreien, wenn diese keinen geringeren Werth hat, als die noch vorhandene. 3. Geht eine der mehreren alternativ geschuldeten Sachen casuell unter, so muss noch immer die andere geleistet werden. Jedoch wenn die casuell untergegangene Sache einen geringeren Werth hatte, so kann sich der Schuldner, wenn er das Wahlrecht hatte, (was er auch durch mora[5]) oder Streitbeginn nicht verliert, sondern erst dann verliert, wenn er auch der Execution gegenüber hartnäckig bleibt), auch durch Hingabe des Werthes der untergegangenen Sache liberiren; es wird dann also aus der obligatio alternativa eine facultas alternativa. Ist das Wahlrecht einem Dritten eingeräumt, so gilt dies als eine Bedingung[6]).

§. 179. 1) S. u. §. 203. nr. XIII. — 2) S. u. §. 183. nr. II. 3. — 3) S. u. §. 266. nr. III. — 4) L. 21. §. 6. Dig. de act. emti et vend. XIX. 1. — 5) S. u. §. 183. nr. VII: §. 185. — 6) Vgl. Vangerow III. §. 569; Windscheid §. 255.

§. 180. Von der Mehrheit der Subjecte bei Obligationen und den mehreren Obligationen zwischen demselben Gläubiger und Schuldner [1]).

Zwei verschiedene Subjecte, Ein creditor und Ein debitor sind zum Mindesten zu einer obligatio nothwendig. Es kann aber eine Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern ex eadem causa obligatoria oder in Beziehung auf den Inhalt der Leistung vorkommen, entweder

I. so, dass die mehreren Gläubiger oder Schuldner jeder † *pro rata* berechtigt oder verpflichtet sind, wie z. B. die mehreren Erben eines Gläubigers oder Schuldners, wenn die Forderung theilbar ist. Es sind in diesem Falle so viele Obligationen vorhanden, als sich Gläubiger und Schuldner gegenüberstehen.

II. Oder es können auch die mehreren Creditoren ein jeder berechtigt sein, dieselbe Leistung vollständig zu fordern, oder die mehreren Schuldner jeder verpflichtet sein, vollständig dieselbe Leistung dem Gläubiger zu machen. Es sind auch in diesem Falle so viele getrennte Obligationen vorhanden, als sich Subjecte einander gegenüber stehen. In dieser Weise konnte man

1. nach römischem Rechte mit der actio furti oder mit anderen Delictsklagen von jedem der mehreren Diebe oder sonstigen Delinquenten die ganze Strafsumme eintreiben.

2. Ferner, wenn einem Vertrage eine Conventionalstrafe [2]) beigefügt ist, so wird die bedungene Strafe stets verwirkt, wenn die Obligation nicht vollständig erfüllt wird. Wenn in einem solchen Falle mehrere Schuldner vorhanden sind, so haftet jeder derselben in Betreff der principalen Forderung zwar nur pro rata, aber die Conventionalstrafe kann von allen eingetrieben werden, wenn auch nur Einer von ihnen nicht geleistet hat, obgleich die übrigen eine Regressklage gegen denjenigen anstellen können, der die Verwirkung der Strafe herbeigeführt hat [3]). Sind in einem derartigen Falle mehrere Gläubiger da, so ist nach der Strenge des Rechtes die

§. 180. 1) Inst. III. 16. (17.) de duobus reis stipulandi et promittendi; Dig. XLV. 2. de duobus reis constituendis; Cod. VIII. 40. de duobus reis stipulandi et promittendi; Nov. 99. — Ribbentrop, Zur Lehre von den Correalobligationen. Göttingen 1831; Vangerow III. §. 573; Arndts §. 213 ff.; Windscheid §. 293 ff.; Einen Versuch zur Widerlegung der von Ribbentrop entwickelten jetzigen communis opinio über das Wesen der Correal-Obligationen machte Siebenhaar. Corr.-Obl. III. Abth. Leipzig. 1867—68. Bruns a. a. O. S. 381—384; Teichmann in Holtzendorff's Rechtslexikon sub voce Solidar-Obligation.

2) S. u. §. 193. nr. 2. — 3) L. 5. §. 3. 4; l. 55. §. 6. de V. O. XLV. 1.

Strafforderung für alle begründet, wenn nicht an alle, sondern nur an Einen oder Einige die Leistung erfolgte; jedoch kann der Schuldner die Klage der Gläubiger, welche befriedigt sind, mit der exceptio doli zurückweisen[4]).

III. Oder es liegt eine Solidarobligation oder Correalobligation im weitern Sinne vor, d. h. es sind mehrere Gläubiger vorhanden (plures correi credendi sive stipulandi: active Solidarobligation), oder mehrere Schuldner (plures correi debendi sive promittendi: passive Solidarobligation) und es hat jeder von diesen das Recht, die ganze Leistung zu verlangen oder die Verbindlichkeit, die ganze Leistung zu machen, aber so, dass durch einmalige Leistung das ganze Recht der übrigen, resp. die ganze Verbindlichkeit erlischt. Hierbei muss man nun zwei Arten unterscheiden, nämlich:

a) die echte Correalobligation;

b) die unechte Correalobligation oder Solidarobligation im engeren Sinne.

Gemeinsam haben beide:

1. die Mehrheit von creditores oder debitores;

2. una eademque res debita für die mehreren creditores oder debitores;

3. dass nur eine einmalige Leistung nothwendig ist.

Die **Verschiedenheit** liegt aber darin:

bei der echten Correalobligation ist auch nur *una obligatio* vorhanden; die mehreren Gläubiger oder Schuldner sind hier durch ein und dasselbe einzige iuris vinculum gebunden; es würde hier bei Theilbarkeit des Objects eigentlich eine Theilung stattfinden; aber durch besondere Bestimmung ist diese ausgeschlossen und Solidarität begründet. Das Verhältniss, in welchem die correi unter einander stehen, und was sie zu der gemeinsamen Obligation veranlasste, ob Societät oder Unterstützung des einen von ihnen ist für die Correalität an sich und bezüglich des Ver-

bei der unechten Correalobligation liegen *plures obligationes* vor, je nach der Zahl der Creditoren oder Debitoren; es ist hier je ein besonderes iuris vinculum zwischen dem Schuldner und jedem einzelnen der mehreren Gläubiger oder zwischen dem Gläubiger und jedem einzelnen der mehreren Schuldner vorhanden. Jede dieser mehreren Obligationen ist selbstständig und geht für sich, wie jede Obligation auf ihr ganzes Object; weil aber andere Obligationen auf denselben Gegenstand neben ihr stehen, könnte desshalb fraglich werden, ob nicht eine Theilung eintreten solle; da

4) L. 2. §. 6; l. 3. §. 1. de V. O. XLV. 1; l. 85. §. 6. eod.

hältnisses zur Gegenpartei gleichgültig: es bestimmt sich danach nur die etwaige Ausgleichung nach der Zahlung.

jedoch die Theilung ausgeschlossen wird, so entsteht dadurch eine eigenthümliche Solidarität.

Der Unterschied zwischen der echten und unechten Correalobligation lässt sich am Besten gegenüberstellen und fasslich machen an den verschiedenen Wirkungen beider:

Der echten Correalobligation.

1. Wenn von einem der mehreren Correalgläubiger oder gegen einen der mehreren Correalschuldner lis contestirt ist, so wurde nach vorjustinianischem Rechte dadurch gegen und für alle Creditoren und Debitoren die Obligation im Uebrigen consumirt[5]), so dass es nur auf den Ausgang dieses begonnenen Prozesses ankam. In der Litiscontestation liegt aber auch zugleich von Seiten des Gläubigers die Ausübung des ihm zustehenden Wahlrechts, eine Art Prävention und Occupation vor den übrigen Gläubigern, und auch aus diesem Grunde schliesst jeder der Correalgläubiger durch Streitbeginn die anderen aus. Den Satz, dass ein Correalschuldner durch den vom Gläubiger mit einem der anderen correi begonnenen Prozess befreit werde, hat Justinian[6]) noch besonders aufgehoben, und die Compilatoren haben die Stellen, welche davon handelten, entweder weggelassen oder unschädlich gemacht[7]). Dagegen sagt Justinian von der Aufhebung des entsprechenden Satzes für die Correalgläubiger kein

Der unechten Correalobligation.

1. Bei der Solidarobligation wirkte die prozessualische Consumtion immer nur gegen den einzelnen creditor, von welchem, oder für den debitor, mit welchem lis contestirt war.

5) S. o. §. 124. S. 261. — 6) L. 28. Cod. de fideiuss. VIII. 41. — 7) Vgl. l. 2. h. t.; l. 8. §. 1. de legat. I.

Wort und die Compilatoren haben eine Reihe von Stellen in die Pandekten aufgenommen, wonach der eine Correalgläubiger durch Litiscontestation den anderen ausschliesst[8]), ein Beweis, dass dieser Satz nach Aufhebung der prozessualischen Consumtion wegen Fortbestehens des angegebenen zweiten Grundes praktische Geltung behalten hat[9]).

2. Wenn einer der mehreren Correalgläubiger oder Schuldner sich eines Vergehens schuldig macht, wodurch der Inhalt der Obligation verändert wird, so schadet dieses auch den übrigen[10]). Dass die mora[11]) des Einen correus bloss persönlich für diesen wirkt, und dass der Hauptschuldner nicht für die Schuld des Bürgen haftet, schliesst nicht, wie Windscheid[12]) meint, obigen aus der Einheit der Correalobligationen folgenden Satz aus.

2. Bei der Solidarobligation schadet dieses nur dem betreffenden creditor oder debitor.

3. Wenn für einen der mehreren Correalgläubiger oder gegen einen der mehreren Correalschuldner die Exstinctivverjährung der Klage[13]) unterbrochen ist, so ist sie auch für oder gegen die übrigen unterbrochen.

3. Hier wirkt die Unterbrechung der Klagenverjährung nur für den betreffenden Gläubiger oder gegen den betreffenden Schuldner.

4. Wenn einer der mehreren Correalgläubiger das Ganze empfangen oder einer der mehreren Correalschuldner das Ganze bezahlt hat, so können die übrigen Correalgläubiger resp. der Schuld-

4. Bei der Solidarobligation kann stets ein Regress von den übrigen Gläubigern oder gegen die übrigen Schuldner genommen werden, mit der actio negotiorum gestorum directa von dem

8) L. 2. 16. h. t.; l. 5. de fideiuss. XLVI. 1; l. 31. §. 1. de novat. XLVI. 2. — 9) Vgl. Windscheid §. 296. Note 1. — 10) Cf. auch l. 18. h. t. — 11) S. u. §. 185. — 12) Pand. 295. Note 13. — 13) S. o. §. 118. S. 240.

ner (nicht in allen Fällen[14]), sondern) nur dann einen Regress auf Vertheilung des Gezahlten verlangen, wenn dafür ein besonderer Obligationsgrund, z. B. Societät, Mandat, oder wenn unmittelbar eine gemeinsame Bereicherung, z. B. durch gemeinsame Vermiethung oder Miethe eines Hauses vorliegt.

einen Gläubiger gegen den andern und mit der actio negot. gest. contraria von dem einen Schuldner gegen den andern[21]), es sei denn auf Seite des Klägers ein dolus vorhanden.

5. Wenn Einer der Correalschuldner auf das Ganze belangt ist, so hat derselbe (nicht in allen Fällen[15]), sondern abgesehen davon, dass dieses mehreren fideiussores ausdrücklich durch das Gesetz gestattet ist,) nur dann eine *exceptio divisionis*, wenn er, nachdem er das Ganze bezahlt hätte, eine Regressklage gegen die übrigen Schuldner haben würde[16]).

5. Auch bei der Solidarobligation kann jeder Schuldner auf das Ganze belangt werden, ohne dass ihm eine exceptio divisionis zustände; nur mehrere Constituenten[22]), Mandatare, Tutoren, mehrere Erben eines Tutors, mehrere Magistrate, haben als Solidarschuldner die exceptio divisionis.

6. Eine Correalobligation erlischt durch alle Ereignisse, welche das eine allein vorhandene obligatorische Band aufheben. Sie wird also durch Zahlung, Compensation, Novation, Litiscontestation[17]), Acceptilation[18]) res iudicata, Eid aufgehoben[19]), sollte auch der betreffende Erlöschungsgrund nur in der Person eines der Theilnehmer vorhanden sein. Durch ein pactum de non petendo[20]), Anspruchsverjährung,

6. Die Solidarobligation erlischt nur dann für und gegen alle Schuldner und Gläubiger, wenn der Erlöschungsgrund eine wirkliche Befriedigung des Gäubigers oder eines der mehreren Gläubiger in sich schliesst, also durch Zahlung, Compensation und Novation (soweit bei dieser letzteren das Object der neuen Obligation quantitativ mit dem Objecte der alten Forderung übereinstimmt), keineswegs aber durch alle Er-

14) Wie schon einige Glossatoren und Spätere aus Dioclet. und Maxim. l. 2. Cod. h. t. VIII. 40 herleiten wollten. — 15) Wie die in der Praxis vorherrschende Ansicht und neuestens Wieding, Nov. Iust. XCIX. Berol. 1857. irrig aus Nov. 99. herleiten will. — 16) Vgl. Vangerow III. §. 573. Anm. 4. — 17) Vgl. o. nr. III. 1. — 18) S. u. §. 219. nr. III. 4. — 19) S. u. §. 219. nr. XVII. — 20) S. u. §. 218. nr. III. 5. — 21) S. u. §. 207. nr. 3. — 22) S. u. §. 182.

capitis diminutio, in integrum restitutio, confusio, liberatio legata, und ebenso auch beim Wegfall des Forderungsrechtes des Gläubigers durch concursus duarum causarum lucrativarum, durch Wegfall des Interesses, durch Verwirkung zur Strafe scheiden dagegen nur die einzelnen Theilnehmer von der Correalobligation aus, in deren Person eine solche Begebenheit eintritt. eignisse, welche das Band der Obligation zwischen zwei Subjecten aufheben, ohne eine Erfüllung oder den Untergang der res debita zu enthalten, nämlich nicht durch Litiscontestation, nicht durch res iudicata und Eid, nicht durch Acceptilation, wodurch immer nur das einzelne obligatorische Band unter den betreffenden zwei Personen erlischt.

Eine Solidar- oder unechte Correal-Obligation entsteht:

1. wenn Mehrere zusammen ein Delict verübt haben, indem dieselben solidarisch zum Schadenersatz verpflichtet sind;

2. ebenso für mehrere contutores, insofern jedem von ihnen eine culpa vorgeworfen werden kann;

3. in derselben Weise für mehrere magistratus;

4. wenn Mehrere gemeinschaftlich, aber ohne ausdrücklich beizufügen, dass sie Correalschuldner werden wollten, einen Vertrag abschliessen und sich dann gemeinschaftlich ein Vergehen gegen die übernommene Verbindlichkeit zu Schulden kommen lassen, wie z. B. unter dieser Voraussetzung mehrere Depositare, Commodatare, Miether, Mandatare;

5. auch gegen mehrere Mandanten hat der Mandatar, wenn er nicht befriedigt wird, die actio mandati contraria in solidum;

6. gegen mehrere Bewohner eines Zimmers geht die actio de effusis vel deiectis[23]) in solidum.

7. Der Constituent haftet neben dem Hauptschuldner solidarisch[24]).

Die echte Correalobligation entsteht 1. hauptsächlich durch einen darauf gerichteten Vertrag, und zwar bei den Römern in der Form der Stipulation, welche nach klassischem Rechte (in der Weise, dass entweder die mehreren correi zusammen ihre betreffende feierliche Frage oder Antwort gleichzeitig aussprachen, oder zwar nacheinander, aber dann mit dem Zusatze, dass nur ein Hinzutreten zu der einen obligatio und nicht eine andere obligatio dazu begründet werden solle) als *adstipulatio*[25]) zum Correalgläubiger[26]), als *adpromissio*, die in der Form der *sponsio*, *fidepro-*

23) S. u. §. 215. — 24) S. u. §. 182. — 25) S. u. §. 190. — 26) Gai. III. 110—114. 215.

missio und *fideiussio* vorkam[27]), zum Correalschuldner machte[28]). Uebrigens konnte schon bei den Römern bei contractus bonae fidei durch blosse Nebenverabredung, und kann heutzutage durch jeden Vertrag eine echte Correalobligation begründet werden, wenn nur der darauf gerichtete Willen der Parteien klar ersichtlich ist.

Ferner kann eine Correalobligation entstehen 2. durch Testament und zwar durch ausdrückliche Bestimmung des Testators, sowie auch schon dadurch, dass alternativ dem einen *oder* andern Erben ein Legat aufgelegt wird[29]). Um eine active Correalobligation zu begründen, genügt aber eine alternative Fassung des Legates nicht, indem Justinian[30]) entschied, dass das Vermächtniss in einem solchen Falle getheilt werden solle.

3. In den Fällen der actiones adiectitiae qualitatis: de peculio, de in rem verso, quod iussu, exercitoria, institoria[31]) haftet der Vater oder Principal correaliter mit dem Sohne oder Geschäftsführer, und ebenso haften in den Fällen der actio institoria und exercitoria die mehreren gemeinschaftlichen Besteller des institor oder magister navis correaliter.

4. Wenn durch einen Sclaven oder ein Thier ein Schaden verursacht ist, so haften die mehreren Eigenthümer des Sclaven oder Thieres, sowie auch der Nichteigenthümer, der sich beim Gericht auf die dessfalls an ihn gerichtete Frage (interrogatio in iure) als Eigenthümer bekannt hat, correaliter in Betreff der Noxalklage auf Schadenersatz.

5. Mehrere socii argentarii (Geldwechsler, die ihr Gewerbe gemeinsam betreiben), sind aus allen auf ihr Gewerbe bezüglichen, wenn auch nur von Einem von ihnen abgeschlossenen Geschäften correaliter berechtigt und verpflichtet.

IV. Eine besondere Art von Solidarität der Berechtigungen und Verpflichtungen wird dadurch begründet, dass Mehrere eine untheilbare Leistung zu fordern haben oder schulden[32]). Es liegt hier eine Einheit der Forderung, also eine echte Correalobligation vor, wenn die Solidarität nur in Folge der Untheilbarkeit der Leistung eintritt, z. B. bei Verpflichtung Mehrerer zur Bestellung einer (untheilbaren) Realservitut[33]).

Wenn nun

1. eine untheilbare Forderung entweder nach ihrer ur-

27) S. u. §. 182. — 28) Gai. III. 115 sq. — 29) L. 8. §. 1. de legat. I.; l. 25. de legat. III. — 30) L. 4. Cod. de V. S. VI. 38. — 31) S. o. §. 43. S. 95; §. 114. nr. II. 23. S. 235 und u. §. 181. III. — 32) Ubbelohde cit. §. 178. Note 27; Windscheid §. 299 ff.; Arndts §. 216. der 7. Aufl. — 33) Vgl. Ubbelohde a. a. O. S. 262 ff.

sprünglichen Begründung oder dadurch dass mehrere Erben des Gläubigers eintreten, Mehreren gemeinsam zusteht, so hat jeder der mehreren Gläubiger das Recht, die ganze untheilbare Leistung zu fordern [34]). Jedoch, wenn es in Folge der Klage eines einzelnen Mitgläubigers zur Verurtheilung auf die Geldleistung anstatt auf die ursprüngliche eigentlich geschuldete Leistung kommt, so wird der Beklagte bloss verurtheilt, dem Kläger den Geldwerth seines Urtheils zu leisten [35]). Soll aber die ursprüngliche eigentliche geschuldete Leistung selbst erfolgen, so muss entweder die Leistung an alle Gläubiger gemeinschaftlich ermöglicht oder der Schuldner gegen die Ansprüche der übrigen Gläubiger sicher gestellt werden [36]). Der Gläubiger, an welchen die Leistung gemacht ist, muss abgesehen von diesem letzteren Falle die übrigen Gläubiger für ihren Antheil entschädigen, denn er hat eingezogen, was materiell theilweise den übrigen Gläubigern zukommt, und es haben diese desshalb eine actio negotiorum gestorum oder auch condictio sine causa.

2. Wenn dagegen eine Verbindlichkeit zu derselben untheilbaren Leistung für Mehrere gemeinsam begründet worden oder auf die mehreren Erben eines ursprünglich Verpflichteten übergegangen ist, so ist jeder von diesen Mitschuldnern in solidum verpflichtet und kann auch jeder mit der Klage auf das Ganze belangt [37]), und kann hier in Ermangelung der eigentlich geschuldeten Sache jeder auch auf das volle Interesse verurtheilt werden [38]). Der Beklagte ist jedoch von seiner Verbindlichkeit frei zu sprechen, wenn und soweit er ohne sein Verschulden ausser Stande ist, die eigentliche Leistung zu erfüllen [39]). Wegen der Ver-

34) L. 17. de servit. VIII. 1. — 35) Es wird dieses für den Fall einer ursprünglichen Mehrheit der Gläubiger anerkannt in l. 54. §. 1. de V. O. XLV. 1.; vgl. l. 7. §. 6. de oper. libert. XXXVIII. 1. — 36) L. 2. §. 2.; l. 54. §. 1. de V. O. XLV. 1; vgl. l. 11. §. 4. de aqua pluv. XXXIX. 3. — 37) L. 192. pr. de R. I.; l. 17 de servit. VIII. 1. — 38) L. 25. §. 10. fam. herc. X. 2; l. 2. §. 2. 5. l. 72. pr. de V. O. XLV. 1.; l. 11. §. 23. 24 de legat. III.; l. 21. §. 5. de O. N. N. XXXIX. 1; vgl. l. 6. §. 1; l. 11. §. 3. de aqua pluv. XXXIX. 3; l. 49. §. 4. de legat. II.

39) Für den Fall, dass die Obligation auf Bestellung einer untheilbaren Servitut gerichtet ist, erkennen die Quellen jene Sätze ausdrücklich an, l. 25. §. 10. 11. fam. herc. X. 2; l. 2. §. 2. de V. O. XLV. 1. Jedoch in Bezug auf eine untheilbare obligatio faciendi scheint l. 72. pr. eod. in ihrem Schlussatze anders zu entscheiden, nämlich dahin, dass bei der obligatio faciendi die Verurtheilung zu der entsprechenden Geldzahlung stets unter die mehreren Schuldner getheilt werde. Nach den Ausführungen Ubbelohde's a. a. O. S. 75—95, 250—256, 274—284 enthält der Schlusssatz der l. 72. pr. cit. keine Zurücknahme der vorher ausgesprochenen Regel, sondern bezieht sich derselbe nur

schuldung des Mitschuldners haftet der andere Mitschuldner nicht, es sei denn, dass ein besonderer Grund eine solche Haftung mit sich brächte. Wenn die Leistung durch Verschulden Eines Mitschuldners unmöglich geworden ist, so sind die anderen Schuldner frei, und nur der Schuldige fährt fort zu haften. Das Verschulden mehrerer Mitschuldner gegen die untheilbare Verbindlichkeit erzeugt eine solidarische Haftung dieser Mehreren zur Leistung des Interesses, obschon letzteres an sich stets theilbar ist[40]). Wenn aber schon durch Verschulden der ursprünglich Verpflichteten an die Stelle der untheilbaren Verbindlichkeit die Verpflichtung zum Schadensersatz getreten ist, so theilt sich letztere unter die mehreren Erben nach Verhältniss ihrer Erbtheile[41]). Ebenso theilt sich die Haftung für das Interesse unter die mehreren Erben, wenn die Verpflichtung auf eine Unterlassung gerichtet und dieselbe schon durch ein Zuwiderhandeln des ursprünglich Verpflichteten selbst verletzt war. Auch die durch eine Handlung oder Unterlassung bedingte an sich theilbare Verbindlichkeit Mehrerer tritt mit dieser Handlung oder Unterlassung für jeden Einzelnen nur pro rata ein, einerlei ob dieser oder jener von den Mitschuldnern die Handlung oder Unterlassung verschuldete[42]). Wenn aber die Verpflichtung Mehrerer

auf den besonderen Fall, wo die ursprünglich untheilbare Obligation in eine solche auf das Geldinteresse umgewandelt und nun erst, nachdem dieses geschehen ist, passiv auf Mehrere vererbt ist.

40) L. 38. de adm. XXVI. 7; l. 60. §. 2. mand. XVII. 1; l. 1. §. 43. depos. XVI. 3; l. 5. §. 15.; l. 6. 7. commod. XIII. 6; l. 116. de V. O. XLV. 1. — 41) L. 7. §. 1. l. 9. depos. XVI. 3; l. 3. §. 3. commod. XIII. 6.

42) L. 4. §. 1.; l. 85. §. 3. de V. O. XLV. 1; l. 5. §. 4.; l. 85. §. 5. 6.; l. 139. eod.; l. 25. §. 13. fam. hercisc. X. 2. So ist es z. B. bei der Verbindlichkeit zur Evictionsleistung (vgl. §. 203.), indem diese nur dann begründet ist, wenn der Verkäufer nicht vollständig den dem Käufer in Betreff des Kaufobjects drohenden Rechtsstreit auf sich nimmt und also nicht als Beklagter im Falle des Unterliegens die Verbindlichkeit zur litis aestimatio trägt. Sind nun in diesem Falle mehrere Auctoren vorhanden, oder stirbt der Auctor mit Hinterlassung mehrerer Erben, so fordert der Käufer zunächst von diesen allen, dass sie statt seiner als Beklagte den Streit übernehmen, und es muss ihm die prozessualische Vertretung in solidum prästirt werden, so dass, wenn auch nur Einer der Erben dieselbe nicht übernehmen will, schon desshalb auch für die Uebrigen, welche zur Prozessübernahme bereit waren, die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung eintritt, falls dem Käufer die Sache durch den Rechtsstreit wirklich evincirt wird; die Evictionsleistung selbst, resp. die Leistung der für diesen Fall stipulirten dupla braucht zwar von jedem nur pro rata hereditaria zu geschehen (l. 85. §. 5. de V. O. XLV. 1. cf. l. 139 eod.), gerade so wie auch bei der Pönalstipulation die sämmtlichen Schuldner die bedungene Strafe nur pro rata zahlen müssen, wenn die Leistung, auf deren Nichterfüllung die Strafe gesetzt war, nicht in solidum erfolgte.

schlechthin darauf gerichtet ist, dass Jeder von ihnen eine gewisse Handlung durchaus unterlasse, so muss Jeder für das ganze Interesse haften, wenn Einer von ihnen das zu Unterlassende vorgenommen hat[43]). Uebrigens kann in den genannten Fällen, wenn Einer von mehreren Gleichverpflichteten auf das Ganze belangt ist, dieser sich der Rechtswohlthat der Theilung bedienen[44]) und derjenige, welcher allein das ganze Interesse leistete, gegen die Mitschuldner einen Rückanspruch erheben und zwar auf verhältnissmässigen Ersatz bei gleichmässiger Verschuldung oder auf vollständigen Ersatz gegen denjenigen, welcher allein die Schuld trug[45]). Die Leistung theilt sich aber, wenn sie auf ein Nichtthun geht, selbst dann nicht unter den mehreren Schuldnern, wenn sie an und für sich theilbar ist, d. h. der zu bewirkende Erfolg in Bruchtheilen bezeichnet werden kann[46]). Eine Theilung der Leistung kann hier nur dann stattfinden, wenn es jedem der mehreren Schuldner definitiv möglich ist, das zu Unterlassende vorzunehmen, wie in dem Falle, wo Jemand versprach, *amplius non agi* und mit Hinterlassung mehrerer Erben starb[47]).

V. Es kann auch eine Mehrheit von Schuldnern in der Weise eine untheilbare Leistung übernehmen, dass Jeder sich nur zu einer gewissen Mitwirkung verbindlich macht; es haftet dann jeder auch nur für seine Mitwirkung, nicht für die ganze Leistung[48]).

VI. Eine Mehrheit von Forderungsrechten mit einer bloss einmaligen Leistungspflicht kann endlich auch so vorkommen, dass derselbe Schuldner demselben Gläubiger das, was er ihm schuldig ist, aus mehreren Forderungsrechten schuldet, entweder in Folge davon, dass der Schuldner dem Gläubiger die Erfüllung seiner Verbindlichkeit nochmals besonders versprach (constitutum debiti)[49]), oder dass der Schuldner dem Gläubiger wiederholt, bei den Römern durch mehrere Stipulationen[50]) eine principale und eine accessorische versprach, was er demselben

43) Arg. l. 2. §. 5.; l. 3. pr. §. 1.; l. 4. pr. §. 1.; l. 85. §. 3.; l. 131. de V. O. XLV. 1; l. 25. §. 12.; l. 44. §. 5. fam. hercisc. X. 2. — 44) L. 22. depositi XVI. 3.; l. 1. §. 11. 12. 14. de tut. act. XXVII. 3.; vgl. l. 7. de mag. conv. XXVII. 8.; l. 7. de fideiuss. tut. XXVII. 7; l. 3. Cod. de mag. conv. V. 75.; l. 47. locati XIX. 2. — L. 2. §. 2. 5.; l. 5. §. 4. de V. O. XLV. 1; l. 25. §. 10. 13.; l. 44. §. 5. fam. herc. X. 2; vgl. l. 4. §. 1. de V. O. XLV. 1. — 46) Denn ein zweimaliges zur Hälfte Nichtthun macht keineswegs ein ganzes Nichtthun aus, während ein zweimaliges zur Hälfte Thun ein Ganzes ausmacht. Vgl. Windscheid §. 300. Note 2. — 47) L. 4. §. 1. de V. O. XLV. 1. Vgl. über diese Stelle (§. Cato) Ubbelohde a. a. O. S. 129 f. und Beil. II. — 48) Ubbelohde a. a. O. S. 239 f., 243—250. — 49) S. u. §. 218. nr. II. 1. — 50) S. u. §. 195.

schuldet[51]), oder weil ein Solidarschuldner den anderen beerbte. Auch in diesen Fällen hebt wie bei dem Solidarverhältniss unter mehreren Schuldnern bloss die Erfüllung des einen Forderungsrechts oder etwas der Erfüllung desselben Gleichstehendes (Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung bei Gericht, Compensation, Novation, Quittung) auch die andere Forderung auf[52]). Jedoch kann möglicher Weise die betreffende Thatsache, wie z. B. ein Erlass[53]) oder ein Schiedsvertrag[54]) sich bloss auf eines der Forderungsrechte beziehen und hebt sie dann nicht auch die übrigen zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner bestehenden Forderungsrechte, die auf dieselbe Leistung gehen, auf.

§. 181. Von der Cession[1]).

I. Eine Forderung ist nach römischen Rechte immer dem Rechte nach unübertragbar[2]). Die Cession ist eigentlich nur die Uebertragung der Ausübung einer fremden Forderung. Ursprünglich galt sie nur als ein Mandat[3]), den Anspruch des Gläubigers in dessen Namen zu eigenem Vortheile (als procurator in rem suam) erheben zu dürfen[4]). Da aber das Mandat durch den Tod des Mandatars erlischt, so konnte der Cessionar (d. h. derjenige, dem die Forderung cedirt war) die Forderung nicht mehr einklagen, wenn der Cedens gestorben war, und die Erben des Cessionars konnten nicht klagen, wenn der Cessionar vor der Litiscontestation gestorben war. Antoninus Pius gewährte dem Käufer einer Erbschaft, und analog gewährte man auch in anderen Fällen dem Cessionar die Klagen des Cedens als vererbliche *actiones utiles*, und durch diese wurde der Cessionar beinahe so gestellt, wie wenn ihm

51) L. 2. 9. pr.; l. 16. 18. 28. de nov. XLVI. 2.; l. 38. §. 2. de solut. XLVI. 3.; l. 3. de resc. vend. XVIII. 5.; l. 18. de V. O. XLV. 1. — 52) L. 18. §. 3. de pec. const. XIII. 5; l. 28. de novat. XLVI. 3. — 53) L. 3. de resc. vend. XVIII. 5. — 54) L. 36. de iureiur. XII. 2.

§. 181. 1) Gai. II. 38. IV. 86; Dig. XVIII. 4; Cod. IV. 39. de hereditate vel actione vendita; Mühlenbruch, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. 3. Aufl. Greifswald 1836.; Kuntze, Die Obligation und die Singularsuccession des röm. und heut. Rechtes. Leipzig 1856; Windscheid, Die Actio des röm. Civilr. Düsseld. 1856; Vangerow III. §. 574; Vering, Erbr. S. 97 ff. Note 5; Schmid, Die Grundlehren der Cession nach röm. R. 2. Thle. Braunschweig 1863—66; Karten, Die fingirte Cession. Rostock 1874; Schlesinger, Die rechtliche Unzulässigkeit der Beschlagnahme des noch nicht verdienten Lohnes, nebst Erörterungen über die rechtliche Natur und die Cession der gegenseitigen Obligationen. Leipzig 1869.

2) Gai. II. 38. vgl. mit IV. 82. — 3) S. u. §. 206. — 4) S. o. §. 112. nr. II.

das Forderungsrecht selbst übertragen wäre, indem er nicht mehr in der Form eines procurator in rem suam die Klage anzustellen brauchte[5]), so dass man desshalb später im praktischen Leben bisweilen sogar von Uebertragung der Forderung selbst zu reden pflegte[6]).

Dem römischen Rechte ganz fremd waren die Obligationen aus Papieren auf den Inhaber, welche nach modernem ius gentium vorkommen: Obligationen, welche von vornherein so eingegangen werden, dass bei ihnen eine wirkliche Singularsuccession in die Forderung, nicht bloss eine Cession derselben möglich ist. Diese Obligationen setzen zu ihrer Begründung die Ausstellung eines Schuldscheines voraus, wobei dem Aussteller nichts an der Individualität des Creditors liegt, so dass die Obligation für den Inhaber des Papiers begründet sein soll, ohne welches aber die Forderung nicht geltend gemacht werden kann. Entweder nennt das Papier gar nicht einen creditor (vollkommene Inhaber-Papiere, die schon im 18. Jahrhundert vielfach vorkommen, wie Staatspapiere, Aktienschuldenscheine, Banknoten, Lotteriebillets und bis zur Deutschen Wechselordnung vom Jahre 1849 auch in Deutschland Wechsel auf den Inhaber), — oder es ist zwar ein creditor auf dem Papier benannt, aber mit dem Zusatz: „oder wer sonst das Papier in Händen hat" oder mit einem ähnlichen Zusatze (unvollkommene Papiere auf den Inhaber, die schon seit dem 13. Jahrhundert in Frankreich, seit dem 14. Jahrhundert auch in Deutschland vorkommen, wohin namentlich der Wechsel gehört). Die juristische Natur ist bei den vollkommenen, wie bei den unvollkommenen Papieren auf den Inhaber dieselbe. Die Singularsuccession in die Forderung geht bei beiden durch Singularsuccession in das Eigenthum des Papiers vor sich. Creditor ist nicht jeder Inhaber des Papiers (wie z. B. nicht ein Depositar oder Pfandgläubiger), sondern nur Derjenige, welcher unmittelbar oder mittelbar das Eigenthum des Papiers von dem Aussteller des Papiers erworben hat. Die blosse Innehabung des Papiers legitimirt aber zur Zahlungserhebung, bis ein Zahlungsverbot ergangen ist. Es ist nicht, wie bei der Cession einer Forderung, eine Insinuation an den Schuldner nothwendig (s. u. nr. II. 3.), es gilt hier auch nicht wie bei der Cession die lex Anastasiana (s. u. nr. II. a. E.), und es kann der Schuldner hier auch keine blosse Einrede aus der Person des früheren Inhabers des Papiers und Gläubigers entgegenstellen, sondern nur die Einreden, dass die Forderung gar nicht entstanden, oder dass sie getilgt, oder dass sie zufolge einer exceptio rei cohaerens ope exceptionis unwirksam sei.

II. Zur Vornahme einer Cession gehört: eine cessible Forderung, eine *iusta causa praecedens*, und die Vornahme des Cessionsactes selbst.

1. Die cessiblen Forderungen bilden die Regel. Nicht cessibel sind aber die Forderungsrechte, über welche bereits lis

5) Vgl. Arndts, Pand. §. 254. Anm. 4. — Unrichtig fasst Windscheid a. a. O. und Pand. §. 329—336. die Cession für das heutige Recht als eine Singularsuccession in die Forderung auf. — 6) Justinian. l. 23. Cod. mand. IV. 35. cf. l. 35. §. 4. de contr. emt. XVIII. 1.

contestirt ist (actiones litigiosae)[7], oder welche an die Individualität des Gläubigers geknüpft sind, wie z. B. Alimentationsforderungen, Ansprüche auf Bestellung einer Personalservitut; ferner Forderungen, die gar nicht eigentlich zu unserem Vermögen gehören, wie Popularklagen und actiones vindictam spirantes (diese sind vor der Litiscontestation gar nicht in bonis nostris und nach der Litiscontestation dürfen sie als actiones litigiosae nicht übertragen werden[8]). Auch sind Cessionen zur Benachtheiligung des Schuldners, und zwar schon nach Pandektenrecht arglistige Cession an den Fiscus und Kaiser[9]), nach Honorius und Theodosius[10]) jedwede chicanöse Cession der Forderung an irgend einen *potentior*[11]), nach Justinian[12]) auch die Cession der Forderung gegen einen Mündel an dessen Vormund, nach deutschem Reichsgesetze[13]) die Cession der Forderung eines Juden gegen einen Christen an einen anderen Christen mit Verlust der Forderung bestraft.

Nach der Bestimmung von Anastasius[14]) kann der Käufer einer Forderung von dem Schuldner nicht mehr einklagen, als er dem Cedenten für die Forderung gezahlt hat[15]). Ausgenommen von dieser Beschränkung sind aber Cessionen unter Erben oder Vermächtnissnehmern zum Zwecke der Auseinandersetzung, und vom Schuldner an den Gläubiger an Zahlungsstatt, oder zur Bewahrung des Besitzes, z. B. wenn der Besitzer des Pfandes vom Pfandgläubiger für Geld sich die Forderung abtreten lässt[16]). Justinian[17]) fügte noch hinzu, dass wenn das Geschäft aus Kauf und Schenkung oder dgl. gemischt wäre, ebenfalls nur das für die Forderung Gegebene gefordert werden könne[18]). Die Vorschützung dieser † *lex Anastasiana* von Seiten des Schuldners ist eine litiscontestatio negativa, keine eigentliche exceptio[19]); der Cessionar hat die Beweislast, dass er so viel gegeben habe, als er einklagt.

7) S. o. §. 124. nr. II. 2. f. S. 263. — 8) S. o. §. 114. nr. II. 19. 20. S. 234. — 9) Paul. R. S. V. 12. §. 7.; l. 22. §. 2. de iure fisci. XLIX. 14.; l. 2. Cod. ne fiscus vel res publ. II. 18. — 10) L. 2. Cod. ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus praestare vel actiones in se transferre. II. 14. — 11) Vgl. auch c. 2. x. de alienat. iud. mut. causa nicht mehr practisch. — 12) Nov. 72. c. 5. — 13) Dem R(eichs) A(bschied) v. 1541 §. 79. und der R(eichs) P(olizei) O(rdnung) v. 1577. Tit. 20. §. 4. — 14) L. 22. Cod. mandati vel contr. IV. 35. — 15) Der Rest verfällt zu Gunsten des Schuldners (nicht des Fiscus). — 16) Weil hier die ratio, dem wucherischen Handel mit Forderungen vorzubeugen, nicht zutrifft. — 17) L. 23. Cod. eod. — 18) Cf. auch l. 24. [restit.] Cod. mandati. IV. 5.

19) Vgl. o. §. 121. S. 248. Dem Schuldner weist die Beweislast zu: Windscheid, Pand. §. 333. Note 7. — Das Handelsgesetzbuch hat im Interesse der Verkehrserleichterung die lex Anastas. im Art. 299. ausdrücklich aufgehoben.

2. Die *iusta causa praecedens* kann eine Rechtsvorschrift oder ein richterliches Urtheil im Theilungsprozesse sein, wodurch der Gläubiger zur Vornahme der Cession gezwungen wird, (sog. *cessio † necessaria*), oder irgend ein freiwillig abgeschlossenes zur Rechtübertragung geeignetes Geschäft *(cessio † voluntaria)*, z. B. Verkauf, Schenkung, Vergleich u. s. w.

Die Fälle, wo eine Rechtsvorschrift zur Cession nöthigt, sind folgende: a) der Geschäftsführer kann durch actio mandati oder negotiorum gestorum directa zur Cession der Klagen gezwungen werden. b) Der Erbe ist zur Cession der Forderung an den Legatar verpflichtet, dem der Erblasser die Forderung vermachte. c) Wer zur Leistung einer Sache verpflichtet ist, muss auch die in Rücksicht auf diese Sache (durch Diebstahl, Raub, Beschädigung derselben u. s. w.) begründeten Forderungen cediren. d) Ebenso muss der, welcher zur Abtretung einer Forderung verpflichtet ist, auch alle dazu gehörigen, z. B. die zur Sicherung der Hauptforderung begründeten, accessorischen Rechte übertragen. e) Endlich, wer nach der Strenge des Rechtes eine Schuld bezahlen muss, die gar nicht oder nur zum Theil als die seinige betrachtet werden kann, ist berechtigt, von dem Gläubiger die Abtretung der Klagen zu verlangen[20]). Man muss aber in diesen Fällen die Cession verlangen (und zwar genügt schon die blosse Erklärung, dass man die Cession verlange)[21]), bevor man zahlt, weil durch die Zahlung die Klage vernichtet wird, so dass dann kein Object mehr für die Cession vorhanden wäre.

Nach neuerem römischen Rechte werden übrigens rechtlich erzwingbare Klagencessionen als geschehen angenommen, so dass man ohne Weiteres *utiliter* die Klagen anstellen, und somit nun auch durch freie Stellvertreter (d. h. durch Personen, welche nicht in unserer potestas stehen) Forderungsrechte erwerben kann[22]).

Wenn das der Cession zu Grunde liegende Rechtsgeschäft ein oneroses ist, so haftet der Cedens dem Cessionar für Eviction, d. h. für Ersatzleistung, falls die cedirte Forderung in Wirklichkeit gar nicht rechtlich begründet war, d. h. er haftet für *nomen verum esse*, nicht aber haftet er auch für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, d. h. er haftet nicht für das *nomen bonum esse*[23]).

20) Vgl. z. B. im folgenden §. 182. das beneficium † cedendarum actionum der Bürgen. — 21) L. 76. de solut. XLVI. 3.: „pretium magis mandatarum actionum solutum, quam actio, quae fuit, peremta videtur.“ Cf. l. 36. de fidei. XLVI. 1. — 22) L. 9. Cod. h. t. IV. 39. Vgl. u. §. 194.

23) Dieser Grundsatz gilt jedoch nur beim Kauf und ähnlichen Geschäften allgemein; im Uebrigen bestimmt sich das Verhältniss von Cedent und Cessionar ganz nach der causa der Cession.

3. Der Act der Cession selbst bedarf wie ein mandatum keiner besonderen Form. Der Cessionar muss aber, um sich schon vor der Litiscontestation, also vor dem Rechtsstreite, die ihm cedirte Forderung gehörig zu sichern, dem *debitor † cessus* von der Cession durch eine (ursprünglich wahrscheinlich förmlich und vor Zeugen vorzunehmende) *denunciatio* von der geschehenen Cession Kunde geben, weil sonst der debitor noch immer an den Cedens (oder an einen zweiten Cessionar, dem der Gläubiger inzwischen ebenfalls die Forderung cedirt hätte) zahlen und sich dadurch liberiren könnte, es sei denn, dass er wegen seines dolus dem (ersten) Cessionar haftete, nämlich für den Fall, dass er auf indirectem Wege glaubhafte Kenntniss von der Cession erhalten und dennoch an den Cedens (oder zweiten Cessionar) gezahlt hatte.

III. Der debitor kann dem Cessionar alle die Einreden entgegenstellen, welche er gegenüber dem Cedens bis zum Zeitpunkte hin bereits erworben hatte, wo er von der Vornahme der Cession Kenntniss erlangte. Nur die rein prozessualischen Einreden, welche dem Cedenten, wenn er selbst den Prozess geführt hätte, hätten entgegengestellt werden können, können dem Cessionar nicht entgegengesetzt werden, falls in seiner Person der Grund der Einrede wegfällt, z. B. wenn der Cedens ein Ausländer wäre und desshalb zu einer besonderen Cautionsleistung in Betreff des Prozesses gegen den Schuldner angehalten werden könnte, so kann der Schuldner die Einrede, dass eine solche Caution nicht gestellt sei, nicht auch dem Cessionar entgegenstellen, wenn dieser ein Inländer ist; denn obgleich dieser ein fremdes Recht geltend macht, führt er doch den Prozess in eigenem Namen[24]).

IV. Durch die Cession wird nicht das gesammte obligatorische Verhältniss (z. B. das Societäts-, Mandats-, Mieths-Verhältniss) des Cedens auf den Cessionar übertragen (womit denn auch nicht bloss Rechte, sondern auch Verbindlichkeiten übergehen würden), sondern nur die im Augenblicke der Cession bereits begründeten materiellen Wirkungen der cedirten Forderung (z. B. die in der Person des Cedenten begründete actio pro socio, mandati, locati). Aber diese Wirkungen der Forderung kann der Cessionar in der Regel gerade so geltend machen, wie der Cedens selbst, und es kommen ihm daher auch die etwaigen Vorzugsrechte (beneficia legis, privilegia) des Cedens zu gute[25]). Jedoch kann der Cessionar von den Privilegien, die der Person des Gläubigers und nicht dem Forde-

24) Vgl. Vangerow III. §. 575. Anm. 1; Auch das † beneficium competentiae und pactum de non petendo bleiben dem Schuldner, da er ja sonst schlechter gestellt wäre. — 25) L. 2. pr.; l. 6. h. t. XVIII. 4; l. 8. Cod. eod. IV. 39.

rungsrechte selbst zustehen, nur insoweit Gebrauch machen, als das Privilegium bis zur Zeit der Cession schon mit der Forderung in Verbindung getreten und dadurch die Forderung bereits erweitert war, z. B. es hat der Fiscus das besondere Recht, auch ohne dass es ausbedungen wäre, Zinsen von seinem Schuldner zu fordern; und wenn der Fiscus eine solche Forderung cedirt, so geht zwar der Anspruch auf die für die Zeit vor der Cession begründeten Zinsen auf den Cessionar über, aber nicht auch ein Anspruch, für die Zeit nach der Cession ohne Weiteres Zinsen fordern zu können; denn nicht das desfallsige dem Fiscus zustehende Recht selbst, sondern nur das in Folge davon bis zur Zeit der Cession begründete Recht geht auf den Cessionar über. Aus demselben Grunde geht ein etwaiges *privilegium exigendi* des Cedens nicht auf den Cessionar über; denn dadurch wird nur für den privilegirten Gläubiger eine Möglichkeit begründet, im Falle eines Concurses eine bevorzugte Stelle einzunehmen[26]), aber dieses ist nicht ein zur Zeit der Cession bereits in concreto vorhandenes Recht.

Auch die rein prozessualischen Vorzugsrechte des Cedenten, die mit der cedirten Forderung in gar keiner Verbindung stehen, kann der Cessionar nicht in Anspruch nehmen, wie z. B. wenn der Cedens in Betreff der Cautionsleistungen privilegirt wäre, oder etwa das besondere Recht hätte, auch den Beklagten vor sein forum zu ziehen.

V. Da der Cessionar die ihm cedirte Forderung in eigenem Interesse und für sich selbst geltend macht, so kann er auch seine etwaigen eigenen Privilegien zur Anwendung bringen, soweit dieselben bloss für die Geltendmachung und Ausübung jenes fremden Rechtes in Betracht kommen, und nicht den Inhalt oder Umfang der Obligation selbst erweitern. Der Cessionar kann sich demnach bei Geltendmachung der cedirten Forderung aller seiner rein prozessualischen Beneficien bedienen; ebenso auch z. B. ein Minderjähriger, dem eine Forderung cedirt ist, das beneficium in integrum restitutionis gegen solche Läsionen geltend machen, die ihn in der Zeit nach der Cession in Betreff der ihm cedirten Forderung betroffen haben.

§. 182. Von der Intercession[1]).

I. Intercession ist die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit vermittelst Rechtsgeschäftes mit dem Gläubiger. Entweder

26) S. u. §. 186.

§. 182. 1) Gai. III. 110—114. 215; Paul. S. R. De fideiussore et sponsore I. 20; de fideiussoribus: Inst. III. 20. (21.); Libr. X. III. 22.; de fide-

tritt der Intercedent an die Stelle des ausscheidenden Schuldners *(intercessio † privativa)*, oder er tritt neben den eigentlichen Schuldner *(intercessio † cumulativa)*.

II. Bei der privativen Intercession unterscheidet man die expromissio[2], und die interventio, je nachdem Jemand eine schon vorhandene Verbindlichkeit, oder eine noch nicht vorhandene Verbindlichkeit, die aber ohne das Dazwischentreten des Intercedenten für den Anderen eingetreten sein würde, übernimmt.

III. Die cumulative Intercession oder Bürgschaft kann durch die folgenden verschiedenen Rechtsgeschäfte geschehen:

1. Die civilrechtliche Bürgschaft, bei welcher der Bürge als accessorischer Correalschuldner neben den Hauptschuldner tritt. Diese erfolgte durch adpromissio, welche im alten Rechte in drei verschiedenen Formen stipulirt werden konnte: durch *sponsio*, *fidepromissio* und *fideiussio*. Im justinianischen Rechte kommt davon nur noch die *fideiussio* vor[3]).

2. Das *constitutum debiti † alieni*, wobei der Bürge als unechter Correal- oder Solidar-Schuldner neben den Hauptschuldner tritt und zwar durch ein pactum praetorium, d. h. ein formloses vom Gläubiger acceptirtes Versprechen, welches der Prätor klagbar gemacht hatte[4]).

3. Die Intercession in der Form eines Mandats[5]), das sog. *mandatum † qualificatum*, wobei der Bürge für die in Folge seines Auftrags an den Gläubiger von diesem mit dem Schuldner eingegangenen oder fortbestehen gelassenen Geschäftsobligationen haftet, falls der Schuldner selbst den Gläubiger nicht befriedigt.

4. Auch gehört zur intercessio cumulativa die *Verpfändung für eine fremde Schuld*[6]).

iussoribus et mandatoribus: Dig. XLVI. 1. Cod. VIII. 41. Nov. 4. c. 1. Nov. 99.; Cod. ne fideiussores vel mandatores dotium dentur. V. 30. — De pecunia constituta: Dig. XIII. 5. Cod. IV. 18. — Mandati vel contra: Dig. XVII. 1. Cod. IV. 35. — Ad S. C. Velle(i)anum (oder De S. C. V.) Paul. S. R. II. 11; Dig. XVI. 1. Cod. IV. 29.; Nov. 118. c. 5.; Nov. 134. c. 8. cum. Auth. *Si qua mulier* post. l. 22. Cod. h. t. IV. 29. — Girtanner, Die Bürgschaft. Jena 1850; Hasenbalg, Zur Lehre von der Intercession. Cassel und Göttingen 1856; Ders., Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, (I. Fideiussio; II. Constitutum debiti alieni; III. Das heutige Recht.) Düsseldorf 1870; Bachofen, Ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts. Bonn 1849. (S. 1—58.); Windscheid II. §. 476 ff.; Bruns a. a. O. S. 403—407; Eck in Holtzendorff's Rechtslexikon s. v. „Bürgschaft."

2) S. das Nähere in der Lehre von der Novation §. 219. nr. IV. — 3) S. u. nr. IV. — 4) S. u. nr. V. — 5) S. u. nr. VI. und §. 206. — 6) S. o. §. 168. nr. I. 2. S. 393.

IV. Bei der *adpromissio* (und somit auch bei der *fideiussio*), sowie beim *constitutum debiti alieni* haftete der Bürge ursprünglich immer, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil ausbedungen war, in gleicher Linie neben dem Hauptschuldner, so dass der Gläubiger die Wahl hatte, ob er sogleich den Bürgen oder zuerst den Hauptschuldner in Anspruch nehmen wollte. Man nennt einen solchen Bürgen jetzt *fideiussor † securitatis*. Seit Justinian soll aber umgekehrt der fideiussor und Constituent nur dann in gleicher Linie mit dem Hauptschuldner haften, wenn er sich hierzu ausdrücklich verpflichtet hat, und soll er sonst als blosser Bürge in subsidium nur für dasjenige, was vom Hauptschuldner nicht beizutreiben war, haften. Einen Bürgen der letzteren Art nennt man jetzt *fideiussor † indemnitatis*. Beim *mandatum qualificatum* [7]) und auch bei der *Verpfändung von Sachen für fremde Forderungen* [8]) trat von jeher bloss eine Haftung in subsidium ein, d. h. muss zuvor der Hauptschuldner ohne Erfolg belangt sein, wenn man den mandans oder das von einem Dritten bestellte Pfand in Anspruch nehmen will.

V. Man spricht auch von einem *fideiussor † succedaneus* und zwar sowohl dann, wenn sich Jemand bei dem creditor für den fideiussor principalis als (After-) Bürge (fideiussor fideiussoris) verbürgt, als auch dann, wenn Jemand bei dem Bürgen als Bürge für den Schuldner, d. h. als Rückbürge eintritt.

VI. Von den drei Arten der *adpromissio*, d. h. der civilrechtlichen Bürgschaft, bei welcher der Bürge durch Stipulation als Correalschuldner neben den Hauptschuldner trat, geschah die *sponsio* durch ein nur unter römischen Bürgern und in lateinischer Sprache gültiges Gelöbniss mit der Frage: Idem dari spondes? und der Antwort: Spondeo; die *fidepromissio* durch eine Art Handschlag, der trotz seiner civilen Natur auch unter Peregrinen gestattet war, mit der Frage: Idem dari fidepromittis? und der Antwort: Fide promitto. Diese sponsio und fidepromissio konnten beide für eine Verbalschuld (d. h. durch Stipulation begründete Obligation) vorkommen. Die *fideiussio* war ein bei allen Arten von Obligationen, auch bei Natural-Obligationen, anwendbares wohl erst später aufgekommenes Gutsagen mit seinem Vermögen für ein fremdes Geschäft in der Stipulationsfrage: Idem fide tua esse iubes? und der Antwort: Fideiubeo. Aus der fideiussio hafteten auch die Erben des Bürgen, was bei der sponsio und fidepromissio nicht der Fall war [9]).

7) S. u. nr. VI. — 8) S. o. §. 168. nr. 2. S. 393. — 9) Gai. III. 119 sq.; §. 1. 2. Inst. de fideiuss. III. 20.

VII. Die älteren Gesetze[10]), welche durch die Schuldnoth der Plebs gegenüber den patricischen Gläubigern veranlasst wurden, beziehen sich bloss auf die *sponsio* und *fidepromissio*.

Die *lex Appuleia* (vielleicht vom Volkstribunen L. Appuleius v. J. 390 v. Chr. herrührend) führte unter mehreren für dieselbe Schuld bestellten sponsores und fidepromissores eine societas ein, wornach der über seine Rate auf das Ganze Belangte eine legis actio gegen seine Mitbürgen zur Regressnahme erhielt[11]), was auf fideiussores nicht ausgedehnt zu sein scheint, so dass diese, wenn ihrer mehrere waren, als Correalschuldner hafteten[12]).

Eine *lex Publilia* (von Q. Publilius Philo v. J. 383 v. Chr.) gab dem sponsor, welcher sechs Monate, nachdem er bezahlt hatte, noch nicht vom Hauptschuldner Ersatz erhalten hatte, eine besondere Regressklage, die *actio depensi*, mit manus iniectio pro iudicato[13]) gegen den Hauptschuldner und zwar, falls dieser die Schuld abläugnete, auf das duplum[14]), deren Executivcharakter die *lex Valeria* (v. J. 342 v. Chr.) bestätigte.

Die *lex Furia de sponsu* (etwa vom Dictator Lucius Furius Camillus im J. 345 v. Chr. erlassen) erleichterte die Verbindlichkeiten der sponsores und fidepromissores in Italien, indem sie bestimmte, dieselben sollten nur auf zwei Jahre verpflichtet sein und wenn ihrer mehrere seien, dürfe nicht mehr als ein Kopftheil von Jedem ausgeklagt werden, bei Vermeidung einer manus iniectio pro iudicato (seit der *lex Valeria* v. J. 342 v. Chr. jedoch nur einer manus iniectio pura) gegen den Gläubiger, der mehr eingetrieben hatte[15]).

Zwei jüngere Gesetze als die vorstehenden wurden auf alle drei Formen der civilrechtlichen Verbürgung bezogen und sind unter dem Consulat des Cornelius Sulla und Q. Pompeius im J. 88 v. Chr. während der Schuldnoth, zu der Zeit, wo der erste Bürgerkrieg ausbrach, erlassen. Nach der *lex Pompeia* musste nämlich der creditor den (nur auf einen Kopftheil haftenden) sponsores und fidepromissores genau angeben, wofür und warum und wie viele Bürgen er annehme; sonst konnten sich dieselben durch eine

10) Vgl. über die leges de sponsu: Rudorff, Röm. Rechtsgesch. Bd. I. §. 20. — 11) Gai. III. 122. — 12) L. 39. de fideiuss. XLVI. 1. — 13) S. o. §. 119. nr. 4. S. 242. — 14) Gai. IV. 22. III. 127. — 15) Gai. IV. 22. 25. III. 121. 122. — Es haben Einige auch schon vermuthet, dass mit der *lex Furia* die *annalis exceptio Italici contractus* zusammengehangen habe, welche durch c. 1. Cod. de annali except. Ital. contractus tollenda etc. VII. 40. von Justinian im J. 530 n. Chr. aufgehoben wurde, vgl. übrigens auch o. §. 163. und Näheres u. §. 203. nr. X.

binnen Monatsfrist anzustellende actio praeiudicialis liberiren. Durch die Praxis wurde dieses Gesetz auch auf die fideiussores ausgedehnt[16]).

Die gleichzeitige *lex Cornelia* bestimmte, es solle sich Niemand für mehr als 20,000 Sesterzien in demselben Jahre, für denselben Schuldner und bei demselben Gläubiger verbürgen können, ausser zur *cautio dotis*, *legatorum servandorum causa*, und bei den *gerichtlichen Judicial-Stipulationen*, und (wie die *lex Iulia vicesimaria* hinzufügte) für *die Erbschaftssteuer*[17]).

VIII. Schon vor Justinian waren die sponsio und fidepromissio gänzlich antiquirt und war nur die *fideiussio* als eine civilrechtliche durch Stipulation zu begründende Bürgschaft bestehen geblieben.

1. Die gültig stipulirte Bürgschaft erzeugte eine *actio ex stipulatu* gegen den Bürgen. Die Obligation des fideiussor ist, wie bereits bemerkt, durch die rechtliche Existenz, nicht aber durch die Klagbarkeit der principalen Obligation bedingt. Auch kann die fideiussio nicht in *aliam causam* gehen, d. h. sich nicht auf ein von der principalen Verbindlichkeit verschiedenes Object beziehen, oder andere Nebenbestimmungen enthalten, indem sie sonst nichtig sein würde[18]). Ebenso kann sich der fideiussor zwar wohl *in leviorem*, nicht aber *in duriorem causam*, d. h. nicht auf mehr als wie der Hauptschuldner, verpflichten, sonst wäre wieder die ganze fideiussio nichtig[19]).

2. Gewiss aber schon früh hatte der Prätor den Bürgen das † *beneficium cedendarum actionum* gegeben, d. h. dass der Bürge nicht eher zu zahlen brauchte, als bis der Gläubiger ihm seine Klage gegen den Hauptschuldner und gegen etwaige Mitbürgen cedirt hatte[20]). Jedoch ist die Klagencession dann nicht nöthig, sondern hat der Bürge ohne Weiteres die actio mandati contraria oder negotiorum gestorum contraria gegen den Hauptschuldner auf Schadloshaltung, wenn er sich aus Auftrag oder als negotiorum gestor desselben verbürgt hatte[21]).

3. Durch eine epistola Hadriani erhielten die Fideiussoren auch die (den Sponsoren und Fidepromissoren schon nach der lex Furia zustehende) *exceptio divisionis*, d. h. das Recht zu verlangen, dass die solventen und präsenten Mitbürgen pro rata mitbelangt würden[22]).

16) Gai. III. 123. — 17) Gai. III. 124. 125. cf. l. 2. §. 1. Cod. de pec. const. IV. 13. — 18) L. 42. h. t. XLVI. 1. — 19) L. 8. §. 7. eod.; Gai. III. 126. — 20) L. 17. 39. 41. §. 1. h. t. XLVI. 1. — 21) L. 4. pr. eod.; §. 6. Inst. eod. III. 20. — 22) Gai. III. 121; §. 4. Inst. h. t. III. 20.

4. Von dem durch die Praxis des Mittelalters dem Bürgen ertheilten † beneficium provocationis ex lege *Si contendat* war schon früher die Rede[23]).

5. Ein weiteres beneficium des Bürgen führte Justinian ein. Die fideiussio begründete nämlich ursprünglich, wenn nicht eine bloss subsidiäre Verpflichtung ausbedungen war, das Verhältniss von correi debendi zwischen dem Hauptschuldner und dem fideiussor: aber dieses hörte dadurch auf, dass Justinian[24]) allen accessorischen Schuldnern das † *beneficium excussionis* sive *ordinis* gab, d. h. die Einrede, dass vor ihnen der solvente und präsente Hauptschuldner ausgeklagt werde[25]).

Schon früher hatte Justinian[26]) (a. 531) bestimmt, dass durch Litiscontestation des Gläubigers mit einem der mehreren Bürgen oder dem Hauptschuldner der andere Mitbürge nicht befreit werden solle.

6. Weil der Bürge als correus debendi mit dem Hauptschuldner dasteht, wird der Bürge befreit, so oft in der Person des Hauptschuldners irgend ein Erlöschungsgrund der obligatio eintritt, durch welchen der objektive Bestand der obligatio aufgehoben wird, wie durch Zahlung, Novation, Acceptilation u. s. w.; und auch durch Untergang der res debita. Sogar wenn dieser Untergang durch die Schuld des Bürgen selbst herbeigeführt war, behaupteten Neratius Priscus und Iulianus[27]) mit strenger Consequenz, dass dadurch mit der obligatio des Hauptschuldners auch die des Bürgen erloschen sei; jedoch gelangte schon ziemlich früh die billigere Meinung zur Geltung, dass in diesem Falle der Gläubiger sich nicht auf die actio de dolo zu beschränken brauche, sondern dass ihm selbst im Falle blosser culpa des Bürgen eine utilis actio ex stipulatu zustehe[28]), ja die spätere Jurisprudenz scheint sogar eine directa actio ex stipulatu zugelassen zu haben.

7. Schon im älteren Rechte traten bei der fideiussio, wegen der accessorischen Natur derselben, besondere Wirkungen ein, die bei der blossen Correalobligation nicht vorkommen. Es zeigt sich dieses bei der Frage: welche Befreiungsgründe aus

23) S. o. §. 115. II. 2. S. 236. — 24) Nov. 4. c. 1.

25) Ist der Hauptschuldner abwesend, so soll der Richter nach billigem Ermessen eine mässige Frist zur Sistirung des Hauptschuldners setzen. Stellt sich derselbe nicht innerhalb der Frist, so fällt das † beneficium excussionis des Bürgen weg. — Nach deutscher Gewohnheit verzichtet der Bürge auf die exc. excussionis, wenn er sich zugleich als Selbstschuldner verpflichtet.

26) L. 28. C. de fideiuss. VIII. 41. — 27) Cf. Papin. l. 19. de dolo m. IV. 3. — 28) L. 38. §. 4. de solut. XLVI. 3; l. 32. §. 5. de usuc. XXII. 1; l. 49. pr. de V. O. XLV. 1.

der Person des Hauptschuldners auch dem Bürgen zu statten kommen?

Die accessorische Natur der Bürgschafts-Verbindlichkeit und die dadurch begründete Abhängigkeit der Bürgschafts-Verbindlichkeit von der obligatio des Hauptschuldners lassen dem fideiussor auch solche Befreiungsgründe des Hauptschuldners zu Gute kommen, welche dem blossen correus debendi gar nicht zuständen. Es erlischt nämlich die Verbindlichkeit des Bürgen stets, wenn die obligatio des Hauptschuldners in irgend einer Weise ipso iure erlischt, wie z. B. auch im Falle einer confusio, während ein gewöhnlicher correus debendi durch diese nicht liberirt wird[29]. Und es kann der fideiussor die sämmtlichen einmal begründeten Exceptionen vorschützen, die der Hauptschuldner hätte vorschützen können; er kann dieses sogar gegen den Willen des Letzteren[30]. Nur die exceptiones personae cohaerentes, wie z. B. die except. competentiae oder pacti de non petendo in personam kann der Bürge nicht aus der Person des Hauptschuldners vorschützen[31]. Eine exceptio, welche, wie die exc. SCti. Macedoniani noch eine naturalis obligatio übrig lässt, kann der fideiussor nur dann mit Erfolg vorschützen, wenn er eine Regressklage gegen den Hauptschuldner hat[32], und ebenso verhält es sich mit der except. pacti de non petendo in rem[33]. Ferner, da es der wesentliche Zweck der Bürgschaft ist, den Gläubiger gegen die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners zu sichern, kann der Bürge die Einreden, welche gerade aus dieser Zahlungsunfähigkeit hervorgehen, wie z. B. die Einrede aus einer cessio bonorum[34], oder aus einem erzwungenen Nachlassvertrage (es sei denn, dass der Gläubiger selbst in den Nachlassvertrag eingewilligt hätte) nicht vorschützen[35]. Aus demselben Grunde bleibt der Bürge haftbar, wenn der Hauptschuldner ohne Erben verstorben ist[36], oder wegen erlittener magna capitis diminutio nicht mehr belangt werden kann[37]. Eine in integrum rest. kann der Bürge nur geltend machen, wenn der Hauptschuldner selbst dieselbe bereits durchsetzte[38]. Wenn endlich der Gläubiger durch seine eigene Nachlässigkeit die Schuld

29) S. o. §. 180. S. 419. — 30) §. 4. Inst. de replic. IV. 14; l. 19. de accept. XLIV. 1; l. 15. pr. l. 32. l. 49. pr. h. t. — 31) L. 7. pr. de exc. XLIV. 1; l. 21. §. ult. l. 22. de pactis. II. 14; l. 24. pr. l. 41. pr. fin. de re iud. XLII. 1. — 32) L. 9. §. 3. ad S. C. Mac. XIV. 6. cf. l. 60. de fideiuss. XLVI. 1. — 33) L. 32. de pact. II. 14; l. 5. pr. de lib. leg. XXXIV. 3. — 34) §. 4. Inst. de repl. IV. 14. — 35) L. 58. §. 1. mandati XVII. 1. — 36) L. 1. §. 14. i. f. depos. XVI. 3; l. 95. §. 1. i. f. de solut. XLVI. 3. — 37) L. 5. pr. qui satisd. cog. II. 8; l. 1. Cod. h. t. — 38) S. o. §. 134. III. S. 281.

trägt, dass er von dem principalen Schuldner keine Befriedigung mehr erlangen kann, so konnte nach Pandektenrecht der Bürge desshalb nur dann eine Einrede gegen den Gläubiger erheben, wenn er sich diesem ausdrücklich nur als fideiussor indemnitatis verpflichtet hatte[39]). Seitdem aber Justinian[40]) das beneficium excussionis einführte und dadurch im Wesentlichen jede fideiussio zu einer fideiussio indemnitatis gemacht wurde, braucht der Bürge in dem Falle, dass der Gläubiger durch seine eigene Nachlässigkeit nicht befriedigt wurde, niemals mehr zu haften[41]).

IX. Beim *constitutum* † *debiti alieni*, welches durch ein formloses, vom Prätor klagbar gemachtes pactum begründet wird[42]), wird der Constituent solidarischer Schuldner neben dem Hauptschuldner. Auch dieses constitutum kann nicht auf einen höheren Betrag gehen, als die Hauptschuld; jedoch wenn es dennoch auf mehr lautet, so ist das constitutum nicht nichtig, sondern bis zur entsprechenden Summe gültig. Es kann aber auch, da hier nur eine Solidarschuld vorliegt, ganz abweichend von der fideiussio, sogar in aliam causam, d. h. auf eine andere Sache gehen, und unter anderen Nebenbestimmungen eingegangen werden, als die Hauptschuld. Nur hat in diesem Falle der Constituent nicht das von Justinian[43]) sonst auch hier gewährte beneficium excussionis. Im Uebrigen hat nämlich der Constituent *ex propria persona* alle dieselben Exceptionen (das benef. divisionis freilich erst seit Justinian)[44]) wie der fideiussor. Von den Erlöschungsgründen und Einreden aus der Person des Hauptschuldners kann aber der Constituent, da beim constitutum keine Correalobligation, sondern bloss plures obligationes in solidum vorliegen, nur diejenigen vorbringen, welche sich darauf stützen, dass der Gläubiger befriedigt sei, und so bleibt z. B. das constitutum in Kraft, wenn die principale Schuld durch Extinctivverjährung erloschen ist[45]), und ebenso übte die Litiscontestation mit dem Hauptschuldner niemals einen zerstörenden Einfluss auf die Obligation des Constituenten, obschon bei der fideiussio[46]) bekanntlich bis auf Justinian dadurch ein solcher eintrat[47]). Jedoch liegt es auch hier in der accessorischen Natur des constitutum, dass dasselbe durch confusio, die in Betreff des Hauptschuldners eintritt, mit erlischt. In der heutigen Praxis ist mit der Stipulation, die noch im justinianischen Rechte zur fideiussio nöthig war, der Form-Unterschied zwischen fideiussio und

39) L. 40. pr. l. 62. h. t. — 40) Nov. 4. c. 1. — 41) Vgl. Vangerow III. §. 578. — 42) Vgl. u. §. 218. nr. II. 1. — 43) Nov. 4. — 44) L. ult. Cod. de const. pec. IV. 18. — 45) L. 18. §. 1. h. t. XIII. 5. — 46) S. o. §. 180. S. 416 f.; §. 182. S. 435. — 47) L. 18. §. 3. eod.

constitutum debiti alieni weggefallen, so dass es jetzt lediglich auf den Willen der Parteien ankommt, ob eine fideiussio oder ein constitutum, im Zweifel aber wohl das letztere, angenommen werden muss. In der heutigen Praxis ist übrigens durchweg der Unterschied zwischen fideiussio und constitutum debiti alieni völlig verwischt.

X. *Mandatum* † *qualificatum*, Creditauftrag, ist der Auftrag Jemandes an einen Andern, er möge mit einem Dritten ein Obligationsverhältniss auf Credit des Auftraggebers abschliessen oder noch fortbestehen lassen. Diese Art von Bürgschaft hat das Eigenthümliche, dass sie der principalen Forderung vorausgehen kann, und dann hat der Auftraggeber (mandans oder *mandator*, wie er hier vorzugsweise genannt wird) gar keine exceptiones ex persona debitoris, wenn der Mandatar mit der actio mandati contraria gegen ihn Regress nimmt; nur die Einreden, dass der Mandatar befriedigt sei, oder durch seine eigene Schuld nicht befriedigt sei, kann der mandator gebrauchen. Derselbe hat aber das beneficium excussionis (und zwar dieses schon nach dem Inhalt seiner Bürgschaftsleistung selbstverständlich, bevor Justinian[48]) es allgemein allen Bürgen gewährte), ferner die exc. divisionis, cedendarum actionum (diese letztere sogar noch, nachdem er, um seiner schon im Voraus unter der Bedingung, dass der Hauptschuldner nicht zahle, übernommenen Verbindlichkeit zu genügen, bereits gezahlt hat), und die provocatio ex lege *Si contendat*, wie die andern Bürgen.

XI. 1. Augustus erklärte die Intercession einer Ehefrau für ihren Ehemann für ungültig. (Das Princip dieser Beschränkung ist zuerst in der lex Iulia de fundo dotali[49]) ausgesprochen und liegt darin, dass Weiber aus Mitleiden und Leichtsinn zu leicht eine bloss eventuelle Verbindlichkeit übernehmen.)

2. Edicte von Claudius wiederholten jene Bestimmung von Augustus, und veranlasst durch die Aufhebung der Agnatentutel über die Weiber[50]) gewährte das *Senatus Consultum Velle(i)anum* v. J. 799 d. St., 46 n. Chr. unter Claudius[51]) allen Weibern, die sich irgendwie verbürgt hatten („*ne pro ullo feminae intercederent*"), eine noch in der Executionsinstanz geltend zu machende *exceptio* (in favorem debitoris introducta), wodurch sie nicht bloss die Klage, sondern die ganze Intercessionsverbindlichkeit beseitigen konnten, ohne dass auch nur eine naturalis obligatio zurückbliebe.

48) Nov. 4. — 49) S. u. §. 220. nr. IX. Vgl. die Bemerkung u. S. 439 am Schlusse des §. 182. — 50) Vgl. u. §. 220. nr. V. — 51) L. 1. pr. l. 2. §. 1. h. t. XVI. 1.

3. Justinian[52]) erklärte alle Intercessionen von Frauen für nichtig, wenn sie nicht in einem documentum publicum und unter Zuziehung von 3 testes optimae opinionis (nach der Praxis in einem documentum publicum oder unter Zuziehung von 3 testes = documentum quasi publicum) beglaubigt seien, und wenn auch diese Form beobachtet sei, habe die Frau dennoch die exceptio SC. Velleiani.

4. Auf solche Geschäfte, die nicht unter den Begriff der Intercession fallen, wie wenn die Frau unmittelbar in eigenem Interesse contrahirt, oder eine fremde Schuld, wenn auch schenkweise, unmittelbar zahlt, bezieht sich das S. C. Velleianum nicht.

5. Und auch bei den Intercessionen gibt es Ausnahmsfälle, in denen die exc. SC. Vellei. wegfällt. So in den unter Nr. 6. folgenden Fällen, und ferner wenn der Gläubiger minderjährig und der Hauptschuldner zahlungsunfähig ist, oder die Frau nach Ablauf von 2 Jahren die Intercession wiederholt, oder nachdem sie vorher über die Folgen des Verzichts durch einen Rechtskundigen belehrt wurde, auf die Rechtswohlthat des S. C. Vellei. verzichtete. Im römischen Rechte ist die Möglichkeit eines solchen Verzichts auf das S. C. Vellei. bloss in zwei Fällen ausdrücklich anerkannt, nämlich bei der Mutter und Grossmutter, welche die Vormundschaft über ihre Kinder oder Enkel übernimmt[53]), und für den Fall, dass eine Frau als Verklagte den Prozess für denjenigen übernehmen will, für welchen sie intercedirte[54]). In der Praxis ist aber sowohl im byzantinischen Reiche, wie im Abendlande von jeher überhaupt ein solcher Verzicht als gültig zugelassen worden, und zwar auch ein sogleich bei der Uebernahme der Intercession erklärter Verzicht.

6. Ferner gibt es auch Ausnahmsfälle, in denen die Intercession der Frau sogar vollkommen verbindlich ist, wenn auch die eben genannten Formen nicht beobachtet sind. So wenn die Frau für die Intercession etwas erhielt, oder sie den Gläubiger betrügerisch in Betreff der Intercession täuschte, oder der Gläubiger aus entschuldbarem factischem Irrthum nicht wusste, dass eine Frau intercedire, oder die Intercession für Bestellung einer dos geschah, oder die Mutter oder Grossmutter gerichtlich auf die weiblichen Rechtswohlthaten verzichtet hat, oder nach canon. Rechte, wenn die Frau eidlich die Intercession bestärkte, oder nach Gewohnheitsrecht,

52) L. 23. §. 2. Cod. ad S. C. Vell. IV. 29. Vgl. über das Verhältniss dieses Gesetzes zum vorjustinianischen Recht: Baron, Pandekten §. 256. nr. I. — 53) L. 3. Cod. quando mulier. V. 35; Nov. 118. c. 5. — 54) L. 32. §. 4. Dig. h. t.

wenn eine Handelsfrau bei einem mit ihrem Gewerbe in Verbindung stehenden Geschäfte intercedirte.

7. Justinian bestimmte noch weiter[55]) *(† beneficium Authenticae: Si qua mulier.)*[56]), es solle die Intercession der Ehefrau für ihren Ehemann sogar nichtig sein, wenn auch jene solenne Form beobachtet wurde. Gültig ist jedoch auch hier das Geschäft, soweit keine eigentliche Intercession der Ehefrau vorliegt, sondern dieselbe die Schuld zu ihrem eigenen Vortheil contrahirt hat, oder der Betrag in ihr Vermögen verwendet wurde. Nach canon. Rechte ist die Intercession der Ehefrau auch vollkommen gültig, wenn diese sie eidlich bestärkte, und nach der Praxis auch, wenn sie nach vorgängiger Rechtsbelehrung in Abwesenheit des Ehemannes vor Gericht auf den Schutz dieses Gesetzes verzichtete.

8. Wenn eine Frau durch privative Intercession dem eigentlichen Schuldner schon im Voraus (durch interventio, † tacita intercessio) die Verbindlichkeit vorabgenommen, oder die bereits bestandene Verbindlichkeit (durch expromissio) aufgehoben, und sich selbst durch die exceptio SC. Vellei. liberirt hat, so erhält der Gläubiger im ersten Falle eine *actio † institutoria*, im zweiten eine *actio rescissoria*, *restitutoria* gegen den durch die Intercession Liberirten[57]).

Particularrechtlich ist heutzutage das S. C. Velleianum fast überall (so in Preussen durch Gesetz vom 1. December 1869) aufgehoben, da der (kaum je vorhanden gewesenen) ratio iuris (dem gutmüthigen Leichtsinn der Frauen[58]) und der angeblichen Unschicklichkeit)[59]) jedenfalls nach unsern socialen Anschauungen von der Freiheit des Individuums keine Berechtignng mehr zugestanden werden kann.

§. 183. Die Wirkungen der Obligation.

I. Die Bestimmung einer Obligation ist es, dass sie erfüllt und dadurch wieder aufgehoben werde[1]).

II. Es muss der Gegenstand der Obligation selbst geleistet werden[2]).

55) Nov. 134. cap. 8. — 56) Ad l. 22. Cod. h. t. IV. 29; cf. Nov. 118. c. 5. — 57) L. 8. §. 14. 15. Dig. h. t.—l. 1. §. 2. l. 8. §. 7—13. l. 9. 13. §. 2. l. 14. eod.; l. 16. Cod. eod.; cf. l. 10. Dig. eod. — 58) L. 2. §. 3. Dig. ad S. C. Vellei. XVI. 1: „— — infirmitas enim feminarum (non calliditas) auxilium demeruit." — 59) L. 2. §. 1. Dig. eod.: „— — cum eas (scil. feminas) virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum." Vgl. o. S. 437 den Text zu Note 49.

§. 183. 1) Dig. XLVI. 3. Cod. VIII. 43. *de solutionibus et liberationibus*; s. u. §. 219. nr. I. — 2) S. o. §. 178. I. II. VIII. S. 409 f.; §. 179. S. 412 f.

1. Ein besonders wichtiger und häufiger Gegenstand von Forderungen ist die Geldzahlung, um so mehr, als jede andere Forderung in eine Geldforderung umgewandelt wird, wenn es unmöglich wird, die Leistung ihres eigentlichen Gegenstandes zu erzwingen. Eine eigentliche Geldschuld[3]) liegt nur dann vor, wenn eine Geldsumme mit oder ohne Bezeichnung der Sorte, d. h. eine Quantität von Geld als allgemeiner Werthmesser der Verkehrsgegenstände den Gegenstand der Forderung bildet. Keine Geldschuld ist es, wenn man eine Anzahl von Stücken derselben Geldsorte zu leisten verspricht, es sei denn, dass diese Zahl bloss zur Bezeichnung einer bestimmten Geldsumme genannt wird[4]). Um so weniger ist es eine eigentliche Geldschuld, wenn die Obligation auf bestimmte Geldstücke (als species, certum corpus nummorum) geht.

2. Bei einer wirklichen Geldschuld kann der Schuldner in jeder beliebigen zur Zahlungszeit am Zahlungsorte gangbaren Münze, nach dem Curswerth der Münze zu dieser Zeit, und auch in verschiedenen Sorten zugleich die Zahlung vornehmen; nur mit der Beschränkung, dass nach dem R. A. von Regensburg v. J. 1576[5]) und späteren Reichsgesetzen und Particulargesetzen grössere Summen vom Gläubiger nicht in Scheidemünze angenommen zu werden brauchen. Jedoch kann auch bei einer eigentlichen Geldschuld ausdrücklich bestimmt sein, dass die Zahlung in einer bestimmten Art von Geldstücken geschehen solle. Ist dann zur Zahlungszeit die vorgeschriebene Sorte nicht mehr vorhanden, so hat der Schuldner an sich die Wahl, in welcher anderen gangbaren Münzsorte er zahlen will. Aber Billigkeits halber ist anzunehmen, dass doch in möglichst ähnlicher Münzsorte gezahlt werden müsse. Handelt es sich nicht um eine Geldschuld, sondern um die Leistung einer gewissen Stückzahl einer bestimmten Münzsorte, so hat der Schuldner nur die betreffende Zahl von Stücken dieser Münzsorte in gleicher Güte zu zahlen, selbst wenn sich der äussere Werth derselben inzwischen verändert hätte; und sollte die Münzsorte zur Zeit der Zahlung nicht mehr vorhanden sein, so müsste in diesem Falle der Metallwerth derselben bezahlt werden. Endlich wenn

3) S. auch o. §. 70. S. 147 f. — 4) Cod. XI. 10. de veteris numismatis potest.

5) R. A. zu Regensburg vom Jahre 1576 §. 76: „— — dass niemand in den Zahlungen über 25 Gulden an halben Batzen oder andern kleinen Sorten für Wehrschaft anzunehmen schuldig — — —“ (bei Strafe der Confiscation des diesen Satz übersteigenden Betrages zum Nachtheil des aufdrängenden Gläubigers).

Geldstücke in specie den Gegenstand der Obligation bilden, so muss der Schuldner gerade die betreffenden speciellen Stücke leisten, und durch Untergang derselben fällt die ganze Obligation weg, weil ihr Gegenstand wegfällt[6].

3. Bei wirklichen Geldschulden darf ausnahmsweise der Schuldner (nach röm. Rechte nur der Erbe, der cum † beneficio inventarii angetreten hat, gegenüber den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnissnehmern), wenn ohne seine Schuld kein Geld vorhanden ist, statt dessen werthvolle Mobilien und eventuell Immobilien zum Taxwerthe hingeben († *beneficium dationis in solutum*, ein Fall der † facultas alternativa)[7].

Nach neuestem justinian. Rechte[8] haben die Kirchen und milden Stiftungen sogar das Recht, im Falle dass sie ihre Schulden nicht durch Verwerthung von Mobilien tilgen können, entweder das Eigenthum von Immobilien, unter Erhöhung des Schätzungswerthes um $^1/_{10}$, an Zahlungsstatt hinzugeben, oder unter Herabsetzung der Zinsen auf 3 Procent den Besitz und die Fruchtziehung kirchlicher Grundstücke dem Gläubiger auf so lange einzuräumen, bis sich derselbe aus den Früchten befriedigt hat.

III. Der Gegenstand muss a u f e i n m a l g e l e i s t e t werden. Eine Ausnahme begründet:

1. das † beneficium competentiae[9], wohin auch der Fall gehört, dass eine cessio bonorum stattfand[10].

2. Wenn der gerichtlich belangte Schuldner einen Theil der Forderung einräumt und den anderen in Abrede stellt, muss der creditor zunächst den eingeräumten Theil annehmen[11].

3. Nach einer Bestimmung des Jüngsten Reichsabschieds[12] für die Zeit nach dem dreissigjährigen Kriege, die aber durch Gewohnheit beibehalten ist, darf der Schuldner Stückzahlungen machen, wenn er sonst ruinirt würde.

IV. Der G e g e n s t a n d m u s s v o l l s t ä n d i g geleistet werden. Jedoch kann nach Rescript Marc Aurels in einem Falle, nämlich um den berufenen Erben zum Antritt der überschuldeten Erbschaft zu bestimmen[13], und nach heutiger Praxis kann überhaupt im Falle der Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners die Majorität der

6) Vgl. V a n g e r o w III. §. 570; A r n d t s §. 205. — 7) Vgl. o. §. 179. S. 412 f.; Nov. 4. c. 3; R ö m e r, Die Leistung an Zahlungsstatt. Tübingen 1866. — 8) Nov. 120. c. 6. Auth. *Hoc ius porrectum*. Cod. de s. s. eccl. I. 2. — 9) S. o. §. 130. VI. S. 274 f. — 10) S. o. §. 135. S. 285. — 11) L. 21. de R. C. XII. 1; l. 78. pr. de legat. II. (31.). — 12) J. R. A. v. J. 1654 §. 174. — 13) L. 7. §. 17.—l. 10. de pact. II. 14., cf. l. 54. §. 1. de manum. test. XL. 4; l. 58. §. 1. mand. XVII. 1.

Gläubiger einen theilweisen Nachlass beschliessen, woran auch die Minorität gebunden ist. Es müssen aber alle Gläubiger geladen sein, und die Majorität wird dann nach der Grösse der Forderungen der Erschienenen, eventuell nach der Kopfzahl, oder wenn auch diese auf beiden Seiten gleich ist, nach den Standesverhältnissen der Gläubiger bestimmt. Stets muss aber der Richter erst gemäss des Majoritätsbeschlusses den Nachlass fixiren. Ist die Summe der Forderungen und die Zahl der Gläubiger auf beiden Seiten gleich, so soll der Richter entscheiden. Die Gläubiger der Minorität können sich aber für den Rest an die etwaigen Bürgen halten, und Pfandgläubiger sind, so weit der Werth des Pfandobjekts ausreicht, nicht an den Nachlass gebunden. Auch die Gläubiger, welche individuell bestimmte Sachen (in specie) aus der Masse zu fordern haben, werden durch den Nachlassvertrag nicht berührt.

V. Der Gegenstand muss auch zur ausdrücklich oder gesetzlich bestimmten Zeit geleistet werden. Wenn kein Zahlungstermin besonders festgestellt ist, so muss regelmässig sofort geleistet werden, es sei denn, dass der Gegenstand der Leistung seiner Natur nach ein gewisses laxamentum temporis mit sich bringt, wie z. B. die Anfertigung eines Gegenstandes. Jedoch konnte nach röm. Rechte vom Regenten, falls die Gläubiger sicher gestellt werden, durch *literae induciales s. respirationis*, Anstandsbriefe, eiserne Briefe[14]), die heutzutage meist überall verboten sind, sowie noch jetzt durch die zunächst nach der Grösse der Forderungen, sonst nach der Kopfzahl zu bestimmende Majorität der Gläubiger, eine Stundung (moratorium) bis zu fünf Jahren gewährt werden, und es sind daran auch die Gläubiger der Minorität und auch die Pfandgläubiger gebunden[15]). Ist hier die Summe der Forderungen und die Zahl der Gläubiger auf beiden Seiten gleich, so soll schlechthin dem milderen Beschluss der Vorzug gegeben werden. Klagen, welche bloss auf Herausgabe von nicht dem Schuldner gehörenden individuell bestimmten Sachen gehen, werden durch die Stundung nicht gehindert. Für die übrigen Klagen tritt während des Moratoriums ein Stillstand der Verjährung ein.

VI. Wenn die Zahlungszeit (wie im Zweifel präsumirt wird)[16]) nur im Interesse des Schuldners bestimmt ist und der Schuldner früher zahlen will, muss sich der Gläubiger dieses gefallen lassen, wenn er dadurch keinen Nachtheil hat. Von Geldschulden muss er sich dann einen Abzug des Zwischenzinses (*interusurium, com-*

14) L. 1. 2. 4. Cod. de precibus I. 19. — 15) L. 8. Cod. qui bon. ced. VII. 71. — 16) L. 38. §. 6., l. 42. §. 1., l. 37. §. 2. de V. S.

modum repraesentationis)[17]) gefallen lassen, d. h. der Schuldner braucht nur so viel zu zahlen, dass, wenn der Gläubiger diese Summe jetzt auf Zinsen legt, dieses Kapital (nach Hofmann) mit Zinsen, (nach Leibnitz auch mit Zinseszinsen, was praktisch nicht durchführbar ist) zur Zeit der spätern Fälligkeit so viel beträgt, als der Nominalwerth der Forderung. Interusurium ist also die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Realwerth und dem Nominalwerth der künftig fällig werdenden Forderung. (Nach der Berechnung Carpzow's sollte der Schuldner die Zinsen der Zwischenzeit einfach von dem Nominalbetrage der Forderung abziehen, wobei aber der Gläubiger zu kurz kommen würde)[18]).

VII. Der Gegenstand der Obligation muss am gehörigen Orte geleistet werden[19]): eine Immobilie selbstverständlich an dem Orte, wo sie liegt, eine res mobilis an dem besonders bestimmten Orte und sonst bei obligationes, die auf ein Zurückgeben gehen, dort, wo die Sache empfangen wurde, oder bei der Leistung einer bestimmten species oder einer Quantität aus einem bestimmten Vorrathe am locus rei sitae und sonst an jedem beliebigen passenden Orte; jedoch nach erhobener Klage an dem locus iudicii. Sind copulativ mehrere Zahlungsorte bestimmt, so ist an jedem derselben theilweise zu leisten. Bei alternativen Zahlungsorten hat der debitor die Wahl, bis der Gläubiger ihn eingeklagt hat; mit der Anstellung der Klage geht die Wahl aber auf den Kläger über, selbst wenn ausser der alternatio loci auch der Gegenstand der Obligation bloss alternativ bestimmt wäre[20]). Wenn eine Leistung ihrer Natur nach nur dadurch einen Werth hat, dass ein Zahlungsort bestimmt ist, und kein locus solutionis in erkennbarer Weise festgesetzt ist, so ist die Obligation ungültig[21]).

§. 184. Von der Tragung des Schadens insbesondere[1]).

I. *Damnum* im juristischen Sinne ist jeder Vermögensnachtheil; *damnum † emergens* ist der positive Schaden an dem bereits

17) Die Früherzahlung heisst repräesentatio. — 18) Vgl. Vangerow III. §. 587; Arndts §. 220. Anm. 3; Keil, Das Interusurium. Jurist. mathemat. Abhdlg. Jena 1854. — 19) Vgl. o. §. 114. nr. II. 13. S. 227 f. — 20) L. 2. §. 2. 3. de eo quod certo loco XIII. 4; Glück, Erläut. der Pand. Bd. 13. S. 310 ff.; Vangerow §. 369. Anm. 1; S. u. §. 185. — 21) L. 2. §. 1. 5. de eo quod certo loco.; l. 115. de V. O. XLV. 1.

§. 184. 1) Cod. VII. 47. De sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur; Cohnfeldt, Die Lehre vom Interesse nach röm. Rechte. Leipzig 1865; Vangerow §. 571 f.; Jhering in seinen Jahrbb. IV. (1861) S. 1—112; Endemann, Die Lehre vom Interesse, in dessen Studien in der Wirthschafts- und Rechtslehre des Mittelalters. Bd. 1. Berlin 1874. nr. 4.

vorhandenen Vermögen; † *lucrum cessans* der negative Schaden oder der entgangene Gewinn; *damnum circa rem* ist der Schaden, der sich voraussehen liess, *damnum extra rem*, der sich nicht voraussehen liess (eine übrigens nach den Quellen kaum technische Unterscheidung)[2]; *vera rei aestimatio* oder *quanti res est* ist der nach dem unmittelbaren Sachwerth, nach dem allgemeinen Verkehrswerth des beschädigten oder vernichteten Gegenstandes berechnete Schaden; *id quod interest* ist der Schaden in seinen weiteren Consequenzen, der vielleicht grössere indirekte Schaden, den der davon Betroffene mit Rücksicht auf seine besonderen Verhältnisse hat; das † *interesse commune* ist der bei Jedem unter gleichen Verhältnissen eintretende Umfang des Schadens, † *inter. singulare* ist das Affectionsinteresse, welches niemals in Betracht kommt.

II. An und für sich kann Niemand für einen Schaden, den er erlitten hat, von Anderen Ersatz verlangen; aber eine Verpflichtung Jemandes zum Schadensersatze kann durch Vertrag, oder Gesetz, oder Delict herbeigeführt werden. Erstenfalls entscheidet der Inhalt des Vertrags über den Umfang der Schadensersatz-Verpflichtung, im zweiten Falle entscheidet der Inhalt des Gesetzes, welches aber in den meisten Fällen bloss die Haftung für die vera rei aestimatio auflegt; wer ex delicto einen Schaden ersetzen muss, haftet für das volle id quod interest[3]). Ein blosses Affectionsinteresse, d. h. eine bloss individuelle, nicht auch für andere Subjekte geltende Schätzung, kommt aber nicht einmal beim Schadensersatze ex delicto in Betracht. Auch bestimmte Justinian[4]), dass der Anspruch auf Schadensersatz, welchen der creditor gegen den debitor wegen Nichtleistung oder nicht gehöriger Leistung der res debita erhebe, nicht das alterum tantum übersteigen solle. Diese Beschränkung gilt aber nicht für die Fälle, wo die Obligation selbst erst durch die Schaden bringende Handlung entsteht, so dass der Schadensersatz der principale Gegenstand der Forderung ist, wie wenn ex delicto oder aus ähnlichen Gründen die Verbindlichkeit zum Schadensersatz entsteht[5]).

III. Wenn uns Jemand ein damnum zufügte, aber auch ein entsprechendes lucrum begründete, so tritt eine Compensation unserer Schadensersatzforderung gegen den Gewinn ein, wenn, wie bei der negotiorum gestio, der Handelnde nicht die Pflicht hatte, uns einen Vortheil zu verschaffen; dagegen tritt keine Compensation

2) Vgl. l. 21. §. 3. de act. emti XIX. 1. — 3) Vgl. auch noch o. §. 94. nr. VI., §. 116. nr. 5. S. 236 f.; §. 180. nr. II; nr. III. S. 414 f. 419. — 4) L. un. Cod. de sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur. VII. 47. — 5) Vangerow III. §. 571. Anm. 4.

ein, wenn, wie bei der societas, der Betreffende die Pflicht hatte, uns einen Vortheil zu verschaffen.

IV. Wenn aus einem und demselben Delicte mehrere Pönalklagen hervorgehen († concursus poenarum)[6]) und die Delictshandlung gleichsam zerlegt werden kann, so dass jede der verschiedenen Pönalklagen aus einem anderen Stück dieser Handlung entspringt, so können sämmtliche Pönalklagen, sowohl von Mehreren, wie von einem Einzigen, angestellt werden († *concursus poenarum realis*). Wenn dagegen die Handlung in ihrer Totalität von einer der Delictsklagen vorausgesetzt wird († *concursus poenarum idealis sive formalis*), so gilt der Satz: poena maior absorbet minorem, d. h. es kann dann entweder sogleich die actio auf die maior poena angestellt werden, oder die Ergänzung des plus nachträglich gefordert werden, wenn man zuerst mit der actio minor nur die geringere Strafzahlung erlangt hatte. So lösen sich die scheinbaren Widersprüche unter den röm. Juristen [7]).

V. Wer durch eigene culpa einen Schaden erleidet, muss denselben selbst tragen [8]). Jedoch „dolus culpa peior est", und desshalb können wir denjenigen, der uns durch dolus einen Schaden zufügte, auf Schadensersatz belangen, auch wenn wir selbst uns bei derselben Angelegenheit zugleich eine levis culpa hätten zu Schulden kommen lassen.

VI. Wenn ein Schaden durch *casus* entstanden ist, d. h. aus einem nicht durch den Willen Jemandes herbeigeführten Ereigniss herrührt, so trägt jeder den seine Person und sein Vermögen treffenden Schaden selbst († casum sentit dominus oder casus a nullo praestatur). Bei Obligationen muss man hier unterscheiden, ob es sich um die Leistung *obligandi causa* oder *solvendi causa* handelt. Wenn es sich um die Leistung *obligandi causa*, d. h. um die Leistung handelt, durch welche, wie bei den Realcontracten [9]) und bei den Römern auch bei den Innominatcontracten [10]) die Obligation erst begründet werden soll, so trägt derjenige das periculum, welcher durch die Leistung der Sache erst Gläubiger werden soll. Dagegen, wenn es sich um eine Leistung *solvendi causa*, d. h. zum Zwecke der Erfüllung der bereits bestehenden obligatorischen Verpflichtung handelt, so trägt das periculum regelmässig der creditor (Promissar), d. h. derjenige, der die Leistung zu empfangen hat, die durch casus unmöglich wird. (Eine Leistung aus einem genus wird aber

6) S. o. §. 116. und u. §. 208. — 7) Vgl. Vangerow §. 572. Anm. — 8) „Qui damnum sua culpa sentit, damnum sentire non videtur" l. 203. de R. I.; l. 11. ad leg. Aquil. IX. 2. — 9) S. u. §. 188. 197. — 10) S. u. §. 188. nr. V. und §. 202.

durch Untergang des einen oder anderen Objekts aus dem betreffenden genus in der Regel noch nicht unmöglich; denn *genus perire non censetur*). Nur wenn eine zweiseitige Obligation auf eine Gebrauchsüberlassung oder auf eine Dienstleistung gerichtet ist, und die Sache durch casus untergeht, oder die Dienstleistung unmöglich wird, ist das periculum bei dem Promittenten oder debitor, der den Gebrauch oder die Dienste zu leisten hatte und nun seinen Anspruch verliert; oder wenn derjenige, der den Gebrauch machen oder die Dienste empfangen sollte, durch einen casus in seiner Person nicht im Stande ist, davon Gebrauch zu machen, so muss er dennoch den bedungenen Miethszins oder Lohn dafür zahlen.

VII. Regelmässig trifft das *periculum interitus* wie *deteriorationis* dieselbe Person. Eine Ausnahme davon tritt ein, wenn ein auf Uebertragung einer Sache gegen eine Gegenleistung gerichteter Vertrag, z. B. ein Kauf, unter einer Bedingung abgeschlossen ist; dann trägt der creditor das periculum deteriorationis, nicht aber auch das periculum interitus, denn wenn die Sache pendente condicione untergeht, so ist existente condicione kein Objekt der Obligation vorhanden und diese daher nichtig.

VIII. Auch für blossen casus muss man immer dann haften, wenn man durch culpa oder mora eine schädliche Einwirkung des Zufalls, eine Schadensstiftung mit ermöglicht hat, und zwar in folgender Weise[11]:

1. Man haftet für fremde culpa (besonders die der Stellvertreter, Untergebenen u. s. w.), wenn man durch Auftrag oder Ratihabition der schädlichen Handlungen, oder durch Nachlässigkeit in der Wahl und Beaufsichtigung der betreffenden Personen († culpa in eligendo oder custodiendo) mit verschuldet ist. Bei der actio de effusis et deiectis[12] haften sogar die unschuldigen Zimmerbewohner, und ebenso kommt es bei der actio de recepto[13] nicht auf die Mitverschuldung des Wirthes an.

Diese engen Bestimmungen des römischen Rechts entsprechen indess den heutigen gesteigerten Verkehrs-Verhältnissen nicht mehr. Insbesondere würde durch Anwendung derselben auf die modernen, nothwendig mit vielfachen, gar nicht zu berechnenden Zufällen und Gefahren verknüpften grossen Industrie-Unternehmen von Eisenbahnen, Schifffahrt, Bergwerken u. s. w., alle Gefahr fast ausschliesslich auf die (auch unverschuldet) Getroffenen abgewälzt werden, dem Unternehmer aber in unbilligem Missverhältniss ebenso ausschliesslich nur der Gewinn des Betriebes zu Gute kommen. Desshalb haben das Handelsgesetzbuch und in noch viel weiterem Umfange das Deutsche Reichsgesetz vom 7. Juni 1871 „über die Verbindlichkeit [der Eisenbahnen u. s. w.] zum Scha-

11) Vgl. Bruns in Holtzendorff's Encycl. Bd. 1. 2. Aufl. S. 393. — 12) Vgl. u. §. 213. nr. 2. — 13) Vgl. u. §. 218. nr. II. 2.

densersatz" diese bei dem Betriebe solcher Unternehmungen dahin ausgedehnt, dass der Unternehmer, falls er nicht höhere Gewalt oder (besonders bei Tödtung oder Verletzung von Menschen) eigene Verschuldung der Betroffenen nachweist, für allen entstehenden Schaden haften und ausserdem immer die culpa seiner Bevollmächtigten, Aufseher u. s. w. vertreten muss[14]).

2. Man haftet in gewissem Umfange als Eigenthümer für den von Thieren angerichteten Schaden[15]).

3. Ueber die Haftung für den durch leblose Sachen angerichteten Schaden war bereits die Rede[16]).

§. 185. Von der mora[1]).

Mora ist die schuldvolle Verzögerung der rechtzeitigen Erfüllung *(mora solvendi)* oder Empfangnahme *(mora accipiendi)* einer obligatorischen Leistung.

I. 1. Damit der *debitor in moram solvendi* gerathe, muss die Schuld eine klagbare und fällige sein und muss der Schuldner regelmässig zuerst und zwar opportuno loco und nach der Fälligkeit der Forderung an die Erfüllung seiner Verbindlichkeit gemahnt sein (mora ex persona). Die Uebersendung der Rechnung gilt nicht als Mahnung. Wenn der Schuldner nicht aufgefunden werden kann, so wird die Mahnung durch eine vor Gericht abgegebene Erklärung ersetzt.

2. Ausnahmsweise entsteht die mora ohne vorherige Mahnung (mora ex re) bei den Forderungsrechten, welche auf Herausgabe eines dem Gläubiger durch Delict entzogenen Gegenstandes gehen, wie beim Diebe und gewaltsamen Besitzer († fur semper moram facere videtur), ferner wenn ein Zahlungstermin im Interesse des Schuldners festgesetzt ist († dies interpellat pro homine), ferner wenn der Schuldner nicht aufgefunden werden konnte, wenn der Gläubiger minderjährig ist, bei fideicommissarischer manumissio in favorem libertatis[2]), bei Vermächtnissen ad pias causas, bei diesen letzteren nach Ablauf von 6 Monaten seit Insinuation des Testaments und zwar dann rückwärts vom Tode des Erblassers an[3]).

14) Vgl. Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 395—397. 400. 401. 408. 423. 607. und die §§. 1. 2. des citirten Reichsgesetzes (bei welchem, entsprechend der ratio desselben, freie, d. h. nicht an formelle Regeln gebundene Beweiswürdigung gilt; vgl. §. 7.); Bruns a. a. O. III. 1. §. 59. S. 393.

15) Vgl. u. §. 213. nr. VIII. — 16) Vgl. o. §. 140. nr. II. S. 306 f.

§. 185. 1) Dig. XXII. 1. de (usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et de) mora; l. 173. de R. I.; l. 127. de V. O. XLV. 1. — Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. 3 Abth. Braunschweig 1865. — Windscheid, Pand. §. 276 ff. 375 f. — Kniep, Die mora des Schuldners nach röm. und heut. Recht. 2 Bde. Rostock 1871—72.

2) S. o. §. 47. nr. I. 3. — 3) Nov. 131. c. 12.

3. Vom Augenblicke der mora an muss der debitor dem Gläubiger Ersatz alles durch die mora entstandenen Schadens, die Früchte und die Zinsen (letztere heutzutage 5%)[4]) und die etwa bedungene Conventionalstrafe leisten, immer für omnis culpa und sogar für casus haften[5]).

II. Der creditor geräth in *moram accipiendi*, wenn ihm die Leistung in gehöriger Weise angeboten ist und er dieselbe widerrechtlich nicht annimmt. Er muss jetzt dem debitor alle Kosten und Nachtheile der verzögerten Empfangnahme ersetzen, den casus tragen. Auch haftet ihm der debitor jetzt nur noch für dolus und culpa lata, und kann derselbe, wenn dieses, wie bei Geldschulden, thunlich ist, die res debita gerichtlich deponiren, um sich zu befreien, und sonstige Objekte, die sich nicht deponiren lassen, nach vorheriger Warnung des Gläubigers preisgeben; nur darf er letzteres nicht zur blossen Chicane thun.

III. Wenn der eine Theil in moram gekommen ist, und darauf der andere Theil ebenfalls in moram geräth, so tritt eine † *purgatio morae* ein, d. h. es bleiben zwar die bisherigen Folgen der alten mora, aber es gilt für die Zukunft nur die letzte mora. Die mora kann auch getilgt werden durch Festsetzung eines neuen Zahlungstermins, und sie endet natürlich mit Tilgung der Forderung.

§. 186. Von der Collision der Forderungen[1]).

I. Wenn Mehrere gegenüber demselben Schuldner einen obligatorischen Anspruch auf dieselbe Sache haben, so kommt es darauf an, wer zuerst mit dem Schuldner litem contestirt hat: der hat das Wahlrecht, ob er die Sache will oder deren aestimatio[2]). Geht aber die Forderung auf Dienstleistungen, so gibt das Alter der Forderungen den Prioritätsgrund ab[3]).

II. Wenn der Schuldner insolvent ist, so wird ihm nach justinianischem R.[4]) auf seine eigene Erklärung der Insolvenz oder seiner Gläubiger Antrag durch richterliches Decret die Verfügung über sein Vermögen entzogen und ein *curator massae* bestellt zur

4) Wie der R. D. A. v. 1600 §. 139. für Verzugszinsen aus Darlehen festsetzte. — 5) Vgl. auch o. §. 183. a. E.

§. 186. 1) Dig. XLII. 3. de cessione bonorum. 4. quibus ex causis in possessionem eatur. 5. de rebus auctoritate iudicis possidendis s. vendundis. 6. de separationibus. 7. de curatore bonis dando. — Cod. VII. 71. qui bon. cedere possunt. 72. de bonis auctor. iud. possidend. 73. de privileg. fisci. 74. de privileg. dot.; vgl. o. §. 96. §. 135. — Vangerow Bd. III. §. 593 f.

2) L. 33. i. f. de leg. I. — 3) L. 26. locati. XIX. 2. — 4) S. o. §. 135. S. 286.

Verwaltung des Vermögens des Falliten, ausserdem ein *contradictor*, der die Interessen der Gesammtheit der Gläubiger gegen etwaige übermässige Ansprüche der Einzelnen vertreten soll. Aus der Concursmasse fordern nun zunächst alle diejenigen, welche mit einer dinglichen Klage die Herausgabe einer individuell bestimmten Sache (species) verlangen, diese zurück, können jedoch auch eine actio in personam statt der ihnen zustehenden actio in rem anstellen († *Vindicanten* oder † *Separatisten ex iure dominii*). Sodann können die Handelsgläubiger (nach römischem Rechte nur die Gläubiger der mit dem peculium profectitium[5]) betriebenen taberna), und die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnissnehmer verlangen, dass die Handelsgeschäfts- oder Erbschaftsmasse zunächst zu ihrer ausschliesslichen Befriedigung diene († *Separatisten ex iure crediti*). Darauf werden aus der Concursmasse befriedigt die Massegläubiger, d. h. die Concurskosten und überhaupt die Gläubiger des corpus creditorum (d. h. der Gesammtheit der Gläubiger), wohin z. B. auch der rückständige canon des Emphyteuta oder das rückständige solarium des Superficiars gehört. Nachdem diese alle befriedigt sind, kommen endlich die *creditores* † *cridarii*, d. h. die Gläubiger des Falliten in 5 Classen, wofür aber das römische Recht nur die Grundzüge enthält. Von diesen werden zuerst befriedigt 1. nach der Praxis die absolut privilegirten Gläubiger und zwar gleichmässig (die Forderung von rückständigen Steuern und Abgaben, Gesindelohn, die Kosten der letzten Krankheit und des Begräbnisses). Darauf folgen 2. die privilegirten Pfandgläubiger[6]), 3. die einfachen Pfandgläubiger, 4. die privilegirten chirographarischen Gläubiger. Es bestehen nämlich *privilegia exigendi* ausser für die schon in den vorhergehenden Classen erwähnten Forderungen, also ausser für die Pfandgläubiger, deren Pfandobjekt zu ihrer Befriedigung nicht ausreicht, noch weiter *privilegia personae* für den Fiscus wegen aller Forderungen, auch wegen Strafforderungen, für den Regenten, Städte, Kirchen, Bevormundete gegen ihre Geschäftsführer oder Vormünder; *privilegia causae* für Darlehen, die zum Wiederaufbau zerstörter Gebäude oder zur Ausrüstung eines Schiffes gegeben wurden, für die Rückforderung der bei einem argentarius unverzinslich deponirten Gelder und nach der Praxis in Betreff jedes solchen Depositums auch bei anderen Personen. Endlich folgen 5. die nicht mit einem privilegium exigendi versehenen einfachen chirographarischen Gläubiger mit ihren Ansprüchen pro rata.

5) S. u. §. 228. — 6) S. o. §. 174. nr. III.

§. 187. Uebersicht der Entstehungsgründe der Obligationen [1]).

In Betreff der civilrechtlichen Obligationen sagen die Quellen: *Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex delicto, aut ex variis causarum figuris.* Die variae causarum figurae sind entweder Quasicontracte, oder Quasidelicte, oder unmittelbar durch das Gesetz oder durch einseitiges Rechtsgeschäft begründete Obligationen [2]).

Zuerst gab es nur Obligationen, die durch Contract oder Delict entstanden. Erst später kamen auch die variae causarum figurae hinzu. Und das ius honorarium führte ausserdem noch eben falls Obligationen ein. Im Folgenden betrachten wir sie im Einzelnen.

§. 188. Von den contractus und pacta und den heutigen Verträgen [1]).

I. *Contractus* ist der selbstständige, civilrechtlich gültige, klagbare Vertrag im Gegensatze zum *pactum* [2]), d. h. dem bloss nach ius gentium begründeten und anfangs in allen Fällen klaglosen Vertrage (der eine blosse *naturalis obligatio* im ursprünglichen Sinne begründete) [3]). Ein *Vertrag* ist ein acceptirtes Versprechen über eine obligatorische Leistung (conventio, pactio = duorum pluriumve in idem placitum consensus) [4]).

II. Die ältesten causae civiles, d. h. civilrechtlichen Begründungsarten von Obligationen waren die *stipulatio*, d. h. wo der consensus durch Aussprechen einer feierlichen Frage von der einen und einer genau entsprechenden Antwort von der anderen Seite kund gegeben war, und das *nexum* [5]). Einige haben vermuthet, es habe die stipulatio ursprünglich immer unter gleichzeitiger Vornahme des Mancipationsactes, also als *nexum*, stattgefunden. Aber

§. 187. 1) Gai. III. 88: Dig. de O. et A. XLIV. 7; §. 2. Inst. de obl. III. 13. — 2) Vgl. o. §. 178. nr. III. S. 410.

§. 188. 1) Inst. III. 15. quib. mod. re contrah.; III. 16. de verborum obligationibus; III. 19. (20.) de inutilibus stipulationibus; III. 22. de literar. obl.; III. 23. de oblig. ex consensu; Dig. II. 14. de pactis. XLV. 1. de verborum obligatione; Cod. II. 3. de pactis. VIII. 38. de contrahenda et committenda stipulatione. VIII. 39. de inutilibus stipulationibus. — Vgl. Danz, Lehrb. der Gesch. des röm. R. Bd. 2. S. 139 ff.; Bruns in Holtzendorff's Encycl. III. 1. §. 50 ff. S. 386 ff. §. 71—75. S. 408—415.

2) S. o. §. 77. nr. III. S. 160. — 3) Vgl. o. §. 178. nr. IV. S. 410. — 4) L. 1. §. 2. 3. de pactis. II. 14; l. 3. pr. de pollic. L. 12: Pactum est duorum consensus atque conventio; pollicitatio vero offerentis solius promissio. — 5) S. o. §. 49. nr. IV. S. 113 ff.

wahrscheinlich bildete die stipulatio für sich allein schon von Anfang an eine civilrechtliche Begründungsart eines contractus, des auch noch im Justinian. Rechte vorkommenden Verbalcontractes *(verbis contrahitur obligatio)* [6]).

III. Als Begründungsart eines contractus kam sodann in der zweiten Hälfte der Republik auch die Eintragung in die Hausbücher *(codex expensi et accepti)* oder der Literalcontract auf *(literis contrahitur obligatio)* [7]).

IV. Sodann entwickelten sich durch die Doctrin seit dem 6. Jahrh. d. St. die Realcontracte [8]), d. h. die durch Leistung auf Gegenleistung verpflichtenden (und soweit nicht ursprünglich die Leistung in der Form der mancipatio, in iure cessio oder des nexum geschah, aus dem ius gentium stammenden) obligationes: zuerst nämlich das *mutuum* [9]) und *commodatum* [10]), später auch das *depositum* [11]) und *pignus* [12]). Sie werden durch reelle Hingabe einer Sache perfect und verpflichten, später dieselbe Sache, oder beim mutuum (Darlehen) tantundem eiusdem qualitatis zu restituiren [13]). Die Doctrin entwickelte auch das ganze System der condictiones datorum [14]).

V. Seit dem Anfange der Kaiserzeit brachten Labeo und seine Schule in Opposition zu den Sabinianern den Satz auf [15]), dass jeder formlose Vertrag über eine gegenseitige Leistung aufhöre, klaglos (pactum nudum) zu sein, sobald er von der einen Seite erfüllt sei, indem er dann (re secuta) nach Civilrecht eine Klage des Gebers gegen den Empfänger begründe; es sollte nun auf Seite des Empfängers ein dare facere oportere ex fide bona entstehen, weil es der bona fides widerspreche, die vertragsmässige Leistung anzunehmen und sich dennoch der Gegenleistung entziehen zu wollen. Man stellte also für solche Fälle eine neue Klage auf, die incerta und bonae fidei war: die *actio in factum praescriptis verbis* [16]). Eine einfache demonstratio reichte hier nicht aus, da man es nicht mit Rechtsgeschäften zu thun hatte, die ein für allemal ihren gleichmässigen Inhalt und bestimmten Namen hatten; man

6) S. u. §. 195. — 7) S. u. §. 195. — 8) Ubbelohde, Zur Geschichte der benannten Realcontracte. Marburg und Leipzig 1870; vgl. über dieselben auch Demelius in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 3. Abh. 5. S. 399 ff. — 9) S. u. §. 197. — 10) S. u. §. 199. — 11) S. u. §. 200. — 12) S. u. §. 201. — 13) Gai. III. 90. [91.]; l. 1. §. 2—6. de O. et A. XLIV. 7; Inst. III. 14. quib. modis *re contrahitur obligatio.* — 14) S. u. §. 198. — 15) Vgl. l. 1. §. 1; l. 19. pr.; l. 20. pr. de praescr. verb. XIX. 5; l. 7. §. 2. de pactis II. 14; l. 3. §. 3. de cond. caus. dat. XII. 4; Gaius als Sabinianer enthält nichts davon; die vollste Entfaltung hat die Theorie erst durch Paulus und Ulpian erhalten. — 16) S. o. §. 114. II. 7. a. S. 222.

musste desshalb an Stelle der einfachen demonstratio in einer praescriptio, praescriptis verbis den Inhalt des Vertrages selbst und dazu die Thatsache der vom Kläger geschehenen Leistung mit einer gewissen Ausführlichkeit der intentio vorausschicken. Diese Art von Contracten bezeichneten schon die Glossatoren als *innominati*, weil sie im Einzelnen keinen besonderen Namen und keine im Voraus bestimmte Klagformel hatten[17]).

VI. Man hatte aber durch die Doctrin im 8. Jahrh. d. St. zur Zeit des Claudius aus dem ius gentium gewisse formlose Verträge als Contracte recipirt, welche auch nach Civilrecht schon durch den in beliebiger Form ausgetauschten gegenseitigen Consens perfect wurden *(consensu contrahitur obligatio)* und unter den Contrahenten eine gegenseitige bonae fidei obligatio erzeugten. Zu diesen Consensualcontracten gehörten bereits nach classischem Rechte die *emtio-venditio*[18]), die *locatio-conductio*[19]), die *societas*[20]), das *mandatum*[21]). Erst durch Zeno, also lange nachdem die Theorie der Contracte im Uebrigen schon abgeschlossen war, kam noch der *contractus emphyteuticarius*[22]) hinzu[23]).

VII. Das classische Recht theilte demnach die obligationes ex contractu nach dem Factum, wodurch der Vertrag selbst perfect wurde, in *re*, *verbis*, *literis*, *consensu* contrahirte ein.

VIII. Alle übrigen formlos geschlossenen Verträge *(pacta)*, deren Inhalt nicht gesetzlich verboten war, begründeten bei den Römern keine civilrechtliche, sondern anfangs immer nur eine naturalis obligatio[24]). Das praktische Bedürfniss führte aber doch zur Annahme klagbarer Verträge über das Contractensystem hinaus. Zunächst wurden diejenigen pacta, welche einem civilrechtlich gültigen bonae fidei negotium sogleich beim Abschlusse (in continenti) beigefügt werden, mit diesem klagbar *(pacta † adiecta)*. Ferner wurden manche pacta durch den Prätor klagbar gemacht *(pacta praetoria)*, und manche durch das neuere Civilrecht, ohne dass sie desshalb dem einmal abgeschlossenen System der Contracte beigezählt wurden *(pacta legitima)*. Die auf eine dieser Weisen klagbar gewordenen pacta nennt man jetzt *pacta † vestita*[25]), die anderen † *nuda*, d. h. klaglose.

IX. Nach germanischem und heutigem Rechte sind aber alle

17) Vgl. Paul. l. 5. pr. §. 1. et titul. Dig. XIX. 5. de praescriptis verbis et in factum actionibus; cf. Cod. V. 64. Man s. Weiteres u. §. 202. — 18) S. u. §. 203. — 19) S. u. §. 204. — 20) S. u. §. 205. — 21) S. u. §. 206. — 22) S. o. §. 158 f. — 23) Vgl. Gai. III. 135—162; l. 2. D. de O. et A. XLIV. 7; Paul. S. R. II. 15—18; Fragm. Vat. 1—40; Inst. III. 23—26; Dig. XVII—XIX.; Cod. IV. 35—58. — 24) S. o. §. 178. IV. S. 410. — 25) S. u. §. 218.

formlosen erlaubten Verträge auch klagbar; nur in den Fällen der Realcontracte wird der Realcontract selbst erst durch die reale Leistung perfect, aber schon vorher besteht in Folge der formlosen Willenseinigung der Contrahenten eine bindende Verpflichtung zum Vollzuge des Realcontractes selbst, ein † *pactum praeparatorium*, z. B. ein pactum de mutuo dando, de commodo dando u. s. w. Da somit der Unterschied von pacta † nuda und † vestita weggefallen ist, und der Unterschied zwischen contractus und pacta bloss noch ein historischer, kein materieller mehr ist, so sind jetzt alle Verträge entweder Real- oder Consensual-Contracte. Die Realcontracte sind noch dieselben, wie bei den Römern, dagegen haben die Consensualcontracte nun ein viel weiteres Gebiet.

§. 189. Die formalen und die materiellen und die Anerkennungsverträge[1]).

I. Die römischen Verbal- und Literalcontracte konnten formale (reine, abstracte) Verträge sein, indem sie auf jede causa debendi, d. h. jede Art von Verpflichtungsgrund anwendbar waren und auch so gemeint sein konnten, dass durch die blosse Form, in welche bei ihnen die Willensäusserung eingekleidet war, eine Obligation entstehen sollte, ohne dass eine sonstige causa debendi vorhanden war. Dagegen waren die re oder consensu contrahirten Contracte, welche auch contractus im engeren Sinne und soweit daraus gegenseitige Verbindlichkeiten entspringen, συναλλάγματα hiessen[2]), materielle (individuell charakterisirte) Verträge, welche die einen durch eine gewisse Leistung, die anderen

§. 189. 1) Gneist, Formelle Verträge. Berlin 1845; Liebe, Die Stipulation und das einfache Versprechen. Braunschweig 1840; Ders., Ueber das Wesen und die Eintheilung der materiellen Contracte, in der Giessener Ztschr. XV. 3. 10; Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 2. Aufl. Kassel und Göttingen 1867. Vgl. darüber Arndts, Ges. civ. Schrift. B. 1. S. 317—384; Bähr, hinwiederum in den Jahrb. f. Dogm, II. 6. 8; Unger, Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag, ebds. (1867) VIII. 7; Hesse, Ueber das Wesen und die Arten der Verträge nach heut. Röm. R. Jena 1868; Schlossmann, Die Lehre von der causa obligatorischer Verträge. Inaug. Abhdlg. Breslau 1869; Vangerow, Bd. 3. §. 600. der 7. Aufl.; Windscheid, Lehrb. der Pand. §. 318. 319. 364. 412a. 412b.; Wetzell, System des Civilprozesses. §. 22. der 2. Aufl.; Stahl, Zur Lösung der Frage, ob und inwieweit die Anerkennung einen Verpflichtungsgrund bilde? im Archiv f. civil. Prax. Bd. 54. nr. 16. S. 285—324; Endemann, in dem oben zu §. 184. cit. Werke nr. 2; Bruns in Holtzendorff's Enc. Bd. I. S. 395 f. der 2. Aufl.; Koch und Götz in den Verhandlungen des achten Deutschen Juristentags. Bd. 1. S. 283 ff.; Buhl, Zur Lehre vom Anerkennungsvertrage. Heidelberg 1875; m. s. auch die zum folg. §. cit. Lit.

2) L. 7. §. 2. de pact. II. 14; l. 19. de V. S. L. 16.

durch formlose Vereinbarung perfect wurden, aber ein jeder bezüglich seines Inhalts und seiner causa debendi seinen gewissen bestimmten individuellen, besonderen Charakter hatte.

II. Es richtete sich nach der Absicht der Parteien, *ob die Stipulation einen Formalcontract begründen*, d. h. selbst die causa debendi bilden sollte, oder ob sie nur eine stipulatio debiti, d. h. die eine schon bestehende causa debendi voraussetzte, sein sollte, wie bei der Novationsstipulation[3]) und in der Gestalt als accessorische Stipulation[4]). In Fällen der letzteren Art streifte sie den Charakter des Formalcontracts ab, indem sie dadurch, dass sie die causa in sich aufnahm, dieselbe zur wesentlichen Voraussetzung und Bedingung ihrer Existenz erhob und damit ein materieller Contract wurde. Hier musste dann auch der stipulator den Beweis der Schuld führen, den er aber meistens schon leicht durch die in der promissio debiti liegende confessio führen konnte, während eine solche Beweisauflage bei der abstracten Stipulation widersinnig gewesen wäre. Denn wenn in die stipulatio selbst keine besondere andere causa debendi ausdrücklich mit aufgenommen worden war, so war durch die Form der Stipulation selbst auch der abstracte Vertragswille genügend und deutlich ausgedrückt. Es konnte sich dann also höchstens um den Beweis der wirklich geschehenen abstracten Stipulation handeln[5]).

III. Dasselbe wie beim Verbalcontract galt bei dem römischen Literalcontract, so lange derselbe vorkam; auch hier richtete es sich nach der Absicht der Parteien, ob er ein formaler oder materieller war.

IV. Nach heutigen deutschrechtlichen Grundsätzen kommt bei Verträgen regelmässig[6]) auf die Form der Willenserklärung nichts mehr an und kann daher durch beiderseitige formlose Willenserklärung nicht bloss ein materieller, noch eine sonstige causa debendi voraussetzender, sondern auch ein reiner, abstracter Vertrag begründet werden, wenn nur der darauf gerichtete Wille der Parteien feststeht. Denn der Wille der Parteien ist der eigentliche Obligationsgrund[7]).

3) S. u. §. 219. nr. IV. — 4) S. o. §. 182. und u. §. 194.

5) Von Stipulationsurkunden über eine als bestehend angenommene Schuld handelt, wie Gneist a. a. O. S. 200. nachwies, l. 25. §. 4. de probat. XXII. 3; eine Interpolation Tribonian's aus l. 13. Cod. de non num. pec. IV. 30, die wiederholt ist in c. 14. x. de fide instr. II. 22. Vgl. auch u. §. 195. nr. IV. über die sog. *cautio* † *indiscreta*.

6) Moderne Ausnahmen sind die Obligationen aus Wechseln (s. u. §. 196.), regelmässig die aus Papieren auf den Inhaber (s. o. §. 181.), ferner die kaufmännischen Anweisungen und Verpflichtungsscheine (s. §. 196.).

7) Vgl. Liebe, Stipul. S. 89 ff., 369 ff.; Savigny, Oblig. R. II. §. 78 ff.,

V. Da heutzutage aber im Allgemeinen[8]) keine bestimmte Form von Verträgen besteht, aus der sich im Zweifel die formale, reine, abstracte Vertragsnatur ohne Weiteres ergibt, so muss jetzt aus dem Inhalte der Willenserklärung sich deutlich und unzweideutig ergeben, dass wirklich ein reiner, abstracter Vertrag begründet werden sollte und gerade so wie bei dem materiellen Contracte die causa debendi als zur Existenz des Vertrags nothwendig bewiesen werden muss, so muss auch bei dem heutigen reinen, abstracten Vertrage, als zur Existenz desselben nothwendig, der Inhalt der Willenserklärung bewiesen werden, dass die Parteien schon durch diese allein, ohne Rücksicht auf eine sonstige causa debendi, eine Obligation begründen wollten. Im Zweifel muss man aber als das am Mindesten Belastende annehmen, dass durch die formlose Willenserklärung bloss ein materieller Contract habe begründet werden sollen, also dann auch dessen individuelle, materielle causa debendi bewiesen werden.

VI. Ein Anerkennungsvertrag kann in zweifacher Weise vorkommen: 1. als blosser Beweisvertrag, d. h. wodurch die Verpflichtung übernommen wird, das Anerkannte als bewiesen anzunehmen, für dasselbe keinen weiteren Beweis verlangen zu wollen, wie dieses stets bei dem Vergleich[9]) der Fall ist; 2. als eigentlicher Anerkennungsvertrag, d. h. als die von der einen Seite in verpflichtender Absicht abgegebene und als solche von der anderen Seite angenommene Anerkennung, deren Inhalt in der Verpflichtung besteht, das als bestehend Anerkannte nicht bestreiten, das als nicht bestehend Anerkannte nicht behaupten zu wollen[10]).

bes. §. 78; Windscheid a. a. O.; Arndts a. a. O. und Pandekten §. 233. Anm. 8; Rudorff zu Puchta's Lehrb. §. 257. not. g. u. a. m.; Bähr a. a. O. §. 41. S. 169 ff. Vgl. auch die These Jhering's auf dem achten deutschen Juristent. Bd. 2. S. 94 ff.: Dagegen behaupten Andere, es gebe heutzutage keine abstracten, sondern nur noch individualisirte oder materielle Contracte. Vgl. z. B. Gneist a. a. O. S. 226 ff.; Salpius, Novation S. 322 f., 483 f., 504 ff.; Schlesinger, Zur Lehre von den Formalcontracten. Leipzig 1858; Hesse a. a. O.; Puchta, Lehrb. §. 257; Sintenis, Pract. Civilr. §. 96. Anm. 3. 25. 48; Schmid, in der Rec. über Liebe die Stipul., in den Leipzig. Krit. Jahrbb. Bd. 9. S. 888 ff.; Schlossmann a. a. O. S. 21 f., 42 f., 87 f.; Voigt in der §. 198. Note 1. cit. Schrift S. 509 ff.; Förster, Theorie u. Prax. des heut. gem. preuss. Privatr. 3. Aufl. Bd. 1. §. 97. Note 11. S. 617 u. a. m.

8) Abgesehen von den in Note 4. genannten Fällen.

9) Vgl. u. §. 219. XV. 3. — Bruns, in der Ztschr. für Rechtsgesch. Bd. 1. S. 94 f., 118—130. (1861), und in Holtzendorff's Encycl. I. S. 395 f., und Schlesinger a. a. O. §. 11. finden in dem Anerkennungsvertrag stets nur einen sog. Beweisvertrag.

10) Bähr a. a. O. legt der Anerkennung stets diese stärkere Wirkung bei, die Windscheid §. 412. a. Note 5. einem in Voraus gegebenen unwider-

Bei den Römern war die in die Form eines Verbal- oder Literalcontracts eingekleidete Anerkennung stets ein eigentlicher Anerkennungsvertrag. Da aber heutzutage auch der Anerkennungsvertrag stets ein formloser ist[11]), so kommt es jetzt stets auf die Absicht der Parteien an, ob sie einen blossen sog. Beweisvertrag oder einen eigentlichen Anerkennungsvertrag abschliessen wollen. Im Zweifel muss man als das am mindesten Belastende einen blossen Beweisvertrag annehmen[12]). Bei diesem letzteren kann die Kraft der Anerkennung durch einfachen Gegenbeweis gebrochen werden, bei dem eigentlichen Anerkennungsvertrage nur durch Anfechtung auf Grund der Unwahrheit des Anerkannten unter Nachweis der Entschuldbarkeit des Irrthums, in Folge dessen das Unwahre für wahr gehalten wurde[13]). Ferner hat bei dem eigentlichen Anerkennungsvertrage der Anerkennende auf eine weitere Vertheidigung gegen das durch seine Anerkennung als bestehend oder als nicht bestehend Anerkannte verzichtet; er kann daher auch nicht mehr verlangen, dass das anerkannte Rechtsverhältniss prozessualisch substantiirt, d. h. auf die es begründenden Thatsachen zurückgeführt werden solle. Dagegen bei dem blossen Beweisvertrag fällt für den Inhaber der Anerkennung die Pflicht der prozessualischen Substantiirung nicht weg[14]).

§. 190. Von dem Vertrage unter Abwesenden.

Die Frage, in welchem Momente ein Vertrag unter Abwesenden, wobei die Parteien durch Boten, Briefe[1]), Telegramme ein-

ruflichen gerichtlichen Geständniss, Unger, in den Jahrb. f. Dogm. VIII. 180. einem richterlichen Urtheil in ihrer Wirkung vergleicht.

11) Ausser, wenn er in die Form eines Wechsels, einer kaufmännischen Anweisung oder eines Papieres auf den Inhaber gekleidet wäre.

12) Arg. l. 19. §. 1. de accept. XLVI. 3; l. 6. 13. Cod. de solut. VIII. 43. (in welchen Stellen dem Bekenntniss über den Empfang einer geschuldeten Summe, der Quittung, lediglich Beweiswirkung zugeschrieben wird); l. 40. pr. de pact. II. 14. (in welcher Stelle der Erklärung: „profiteor te non teneri" die Bedeutung eines pactum de non petendo [s. u. §. 219. nr. III. 5.] beigelegt wird.) Vgl. auch l. 15. eod. Windscheid §. 412a. Note 2; Wetzell und Unger a. a. O.

13) Vgl. u. §. 198. nr. III. 1; l. 2. de conf. XLII. 2; c. 3. x. de conf. II. 18; c. 2. de rest. in VIto. I. 21.

14) Die Definition und diese Unterschiede zwischen dem eigentlichen Anerkennungsvertrage und dem sog. Beweisvertrage sind aus Windscheid a. a. O. entnommen.

§. 190. 1) In den Quellen werden solche Fälle erwähnt, aber ohne dass dabei auf den Zeitpunkt der Perfection solcher Verträge eingegangen wird.

ander ihren Willen kundgeben, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen als perfect anzusehen sei, ist sehr bestritten.

I. Keinen Zweifel leidet es, dass wenn nach Lage der Umstände ein Vorschlag so auszulegen ist, dass der andere Theil sofort auf denselben rechnen und sich dadurch zu gewissen Handlungen bestimmen lassen soll, daran auch der Proponent seinerseits sogleich gebunden sein muss, sobald der Andere diesem Auftrag gemäss gehandelt hat[2]), und dass, wenn der abgesandte Bote beauftragt ist, die Gegenerklärung in Empfang zu nehmen, die diesem gegebene Erklärung als schon dem Absender gegeben betrachtet werden muss.

II. Abgesehen hiervon lassen sich über den Zeitpunkt der Perfection von Verträgen unter Abwesenden im Allgemeinen drei verschiedene Meinungen unterscheiden, bei deren Begründung im Einzelnen freilich wiederum die Ansichten auseinandergehen.

1. Die Einen vertreten die sog. Vernehmungstheorie[3]),

Vgl. l. 2. pr. de pact. II. 14; l. 1. pr. — §. 2. mandati XVII. 1. — Dass bei der römischen Stipulation ein gegenseitiges Vernehmen und Erkennen von Frage und Antwort nöthig war, brachte einerseits das Wesen des Vertrages, andererseits das der Stipulation von selbst mit sich. Denn zum Wesen des Vertrages gehört es, dass die Erklärung der Annahme einer Gläubigererklärung, d. h. die Erklärung des Schuldnerwillens, an den Antragsteller gelangt ist, um eine Verpflichtung zu begründen, und zum Wesen der Stipulation gehört es, dass diese Erklärung gerade durch die mündliche Rede, also durch Vermittelung des Gehörs, also auch des gegenseitigen Vernehmens, ausgetauscht werde. Die darauf bezüglichen Stellen kommen seit Wegfall der Stipulation nicht mehr in Betracht. Vgl. l. 1. pr. §. 1. de V. O. XLV. 1; l. 12. pr. de duob. reis. XLV. 2. Dass ein Tauber nicht stipuliren konnte (L. 1. §. 15. de O. et A. XLIV. 7; l. 1. pr. de V. O. XLV. 1.), hing wiederum mit dem Wesen der Stipulation, d. h. der dabei nöthigen Uebermittelung des Vertragswillens durch die Rede und das Gehör, zusammen; andere Verträge, zu deren Abschluss es keiner Rede bedarf, zu denen der Consens genügt („sufficiente consensu"), zu denen nur das Verständniss und die Einwilligung („intelligere, consentire") gehört, z. B. Mieth- und Kaufverträge kann der Taube abschliessen. L. 48. de O. et A. XLIV. 7. Wenn aber in dieser letzteren Stelle zu Verträgen *intelligere* und *consentire* verlangt wird, so ist damit keineswegs gesagt, dass ein Vertrag erst dann perfect sei, wenn die Annahmeerklärung dem Antragsteller zur Kenntniss gelangt ist, sondern es handelt sich nur darum, dass der Vertragschliessende weiss, was er will (das ist das intelligere), und diesen seinen Willen erklären kann (das ist das consentire). Die Kenntnissnahme kann bei dem Rechtserwerbe aus einem Vertrage (resp. auch der Verpflichtung daraus), wie bei anderen Rechtserwerben erst lange nachher nachfolgen.

2) Arg. l. 1. §. 2. l. 15. 26. mand. XVII. 1.

3) So z. B. Hasse im Rhein. Museum Bd. 2. S. 371 ff.; Bekker in s. Jahrb. II. S. 342 ff., III. S. 116 ff.; Regelsberger, Civilr. Erörter. Heft 1.

wornach die beiderseitigen Willenserklärungen beiden Theilen zum Bewusstsein gelangt sein müssen, der Vertrag also erst dann als abgeschlossen anzusehen ist, wenn der Antragsteller auch von der Annahme des Antrags zum betreffenden Vertrage Kenntniss erhalten hat. Die Quellen stellen dieses aber keineswegs als Erforderniss für die Perfection des Vertrags auf[4]); sie gestehen vielmehr zu, dass die Annahmeerklärung schon als abgegeben gilt, wenn sie auch noch nicht an den Antragsteller gelangt ist[5]), wenngleich sie von dem Antragsteller zurückgenommen werden kann, bis sie an den Antragsteller gelangt ist.

2. Andere vertreten eine sog. Aeusserungstheorie[6]), wornach, wenn beim einseitigen Vertrage der Gläubiger die Proposition macht und wenn ein zweiseitiger Vertrag abgeschlossen wird, die einfache Erklärung der Acceptation von Seiten des Oblaten zur Perfection des Vertrags genügen soll; dabei gehen freilich die Ansichten wieder vielfach darin auseinander, wann die Acceptation als geschehen zu betrachten und damit der Widerruf von

„Die Vorverhandlungen bei Verträgen". Weimar 1868; Vangerow III. §. 603. Anm. 1. der 7. Aufl.; Brinz, Pandekt. §. 359 ff.; Dernburg, Lehrb. des preuss. Privatr. Bd. 1. §. 107. nr. 14; Hofmann, Die Entstehungsgründe der Obligationen, insbesondere der Vertrag, mit Rücksicht auf Siegel's: Das Versprechen als Verpflichtungsgrund. Wien 1874. Vgl. dazu die bei Thöl, Handelsrecht. Bd. 1. §. 57. nr. 13. der 4. Aufl. und bei Schott, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. Heidelberg 1873. S. 5 ff. Citt. M. s. auch Bruns in Holtzendorff's Enc. §. 55. Bd. 1. S. 389.

4) Vgl. o. Note 1. a. E. und die Widerlegung der Vernehmungstheorie bei Schott a. a. O.

5) Iulian, l. 4. pr. de manum. vind. XL. 2: „Si pater filio permiserit, servum manumittere, . . . deinde . . . ignorante filio . . . vetuisset per nuntium, et antequam filius certior fieret, servum manumisisset, liber non fit. Nam ut filio manumittente servus ad libertatem perveniat, durare oportet patris voluntatem; nam si mutata fuerit, non erit verum, volente patre manumisisse." M. s. auch l. 7. de divortiis XXIV. 2. und o. Note 1; vgl. Windscheid §. 306. Note 2—4. und dazu Schott a. a. O. S. 174 ff.

6) Scheurl, in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 2. S. 248 ff. (1858); vgl. Thöl a. a. O. §. 57. 57a. der 4. Aufl. und die dort §. 57. nr. 13. und bei Schott a. a. O. S. 37 f. Citt.; Sintenis, Pract. Civilr. 3. Aufl. Bd. 2. §. 96. S. 248 f.; Holzschuher, Theorie u. Casuist. des gem. Civilr. 3. Aufl. Bd. 3. §. 236. S. 234 f.; Sohm, Ueber Vertragsschluss unter Abwesenden und Vertragsschluss mit einer persona incerta (in Goldschmidt's Ztschr. f. Handelsrecht Bd. 17. N. F. Bd. 2. S. 16 ff. 1872.). Letzterer nennt seine Theorie die Realisirungstheorie, wornach der Vertrag perfect sein soll, sobald die vom Offerenten gesetzte Annahmehandlung vollzogen ist. Gegen Sohm vgl. Schott a. a. O. Note 265. S. 151 ff. und über die Unhaltbarkeit der Aeusserungstheorie überhaupt ebends. S. 82 ff.

der Seite des Offerenten, wie von Seiten des Oblaten ausgeschlossen sei. Man ist neuestens sogar so weit gegangen, zu behaupten, dass schon nach römischem Rechte[7]), oder dass wenigstens nach deutscher im heutigen gemeinen Rechte geltender Anschauung[8]) die Offerte schon vor der Acceptation beziehungsweise Vertragsperfection binde, dass schon das Versprechen für sich eine obligirende Wirkung habe. Man muss aber der Natur des Vertrags[9]) und der Intention der Parteien, die einen obligatorischen Vertrag abschliessen wollen, dem Willen der Contrahenten selbst Gewalt anthun und ihnen geradezu einen anderen Willen, als den sie haben und erklären, unterlegen, wenn man diese Behauptung als die vom Gesetze gewollte, rechtlich nothwendige, aufstellt. Weder nach den Quellen, noch nach den praktischen Consequenzen lässt sich diese Meinung rechtfertigen. Jedenfalls muss zur Geltendmachung der Verbindlichkeit — und darauf allein kommt es am letzten Ende an, — immer noch der Wille des Gläubigers zum Versprechen des Schuldners hinzutreten. Eine unabweisbare Consequenz jener Theorie würde es auch sein, die Rechtslage des schon durch einseitiges Versprechen verpflichteten Schuldners, dem sich nicht über die Annahme desselben erklärenden Gläubiger gegenüber, die ganze Verjährungszeit hindurch in suspenso zu lassen — da ja der Schuldner nicht weiss, wann und ob jemals der Gläubiger seine Rechte aus dem einseitigen Versprechen geltend machen, ihn zur Erfüllung, auf die er ja immer gefasst sein müsste, anhalten wird. Die Natur der Sache, die Verkehrsbedürfnisse, wie die Billigkeit nöthigen dazu, als Regel für die Entstehung der Verträge das Erforderniss der momentanen Willensconcordanz des Schuldners und Gläubigers,

7) So behauptet Köppen, (Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. Jena 1871 Separatabdr. aus den Jahrb. f. Dogm. Bd. 11. S. 130 ff.), sogar nach römischem Rechte sei die obligatorische Offerte, sowie auch die obligatorische Acceptation schon für sich ein selbstständiges Rechtsgeschäft. Vgl. dagegen die eingehende Widerlegung bei Schott a. a. O. S. 210 ff.

8) So behauptet Siegel in seinem durch geistvolle, glänzende Darstellung bestechenden Werke: „Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Rechte. Berlin 1873". Man vgl. darüber die mehr ihm zustimmenden Bemerkungen von Bekker in der Jenaer Litg. 1874 nr. 3. und Unger in Grünhut's Ztschr. Bd. 1. Heft 2. und die gegen ihn gerichteten Ausführungen von Hofmann, in dem oben Note 3. cit. Werke, von Behrend, in der Ztschr. f. deutsche Gesetzgebung Bd. 8. S. 187 ff. S. 306 ff., Gareis ebds. S. 180 f., Pernice in Goldschmidt's Ztsch. f. Handelsrecht Bd. 20. S. 288 ff., Siebenhaar, im Archiv f. Wechselrecht N. F. Bd. 6. S. 216 ff.

9) Vgl. o. §. 188. Note 4. u. Note 5. dieses §.

des Ineinandergreifens der beiderseitigen Willensäusserungen festzuhalten.

3. Für das Richtige in Betreff der Perfection der Verträge unter Abwesenden halten wir die sog. Empfangstheorie[10]), welche, als den Bedürfnissen des Verkehrslebens allein entsprechend, auch von dem deutschen Handelsgesetzbuch sanctionirt ist[11]). Danach ist der Vertrag perfect, sobald der Gläubiger die Willensäusserung des Schuldners empfangen und acceptirt hat. Die nähere Begründung dieser Theorie ist folgende[12]): Ein jeder Vertrag, und so auch der obligatorische, ist ein Mittel subjektiven Rechtserwerbs, ein Rechtsübertragungsmittel. Beim obligatorischen Vertrage überträgt der Schuldner an den Gläubiger das concrete obligatorische Recht. Dieses obligatorische Recht existirt aber vor dem Vertrage weder nach seiner subjektiven, noch nach seiner objektiven Seite. Objektiv constituirt es der Schuldner allein in seiner vertragsmässigen Willensäusserung, welche ja seinen Verpflichtungswillen enthält. Zum subjektiven Rechte des Gläubigers wird die objektiv gestaltete Obligation nur durch die vereinigte Willensthätigkeit beider Contrahenten, durch den Vertrag. Zu diesem Zwecke übermittelt der Schuldner seine Willensäusserung, d. h. die Obligation in ihrer objektiven Gestalt, durch Boten, Brief, Depesche u. s. w. an den Gläubiger, damit derselbe sie erwerben kann (Offerte), letzterer aber acquirirt sie durch eine übereinstimmende Willensäusserung (Acceptation) und macht sie dadurch zu seinem subjektiven Recht. Der obligatorische Vertrag ist also perfect, sobald das objektiv gestaltete obligatorische Recht aus dem Rechtsbereiche des Schuldners heraus und in den Rechtsbereich des Gläubigers hinein getreten ist. Im Einzelnen ist nun zwischen dem einseitigen und dem zweiseitigen Vertrage zu unterscheiden, und beim einseitigen wieder, ob der Schuldner oder ob der Gläubiger die Vertragsinitiative ergreift. Hat beim einseitigen Vertrage der Schuldner die Vertragsproposition gemacht, so ist der Vertrag perfect, sobald der Gläubiger seinen Annahmewillen geäussert hat, denn damit hat er die Obligation in seinen Rechtsbereich hereingezogen. Ging aber die Vertragsproposition vom Gläubiger aus, so ist der Vertrag erst dann per-

10) Vgl. Scheurl, in seinen Beiträgen zur Bearbeit. des röm. Rechts. Bd. 1. nr. XII. S. 301 ff. (1858); Windscheid, Pand. Bd. 2. §. 306 f. der 2. u. 3. Aufl.; Emminghaus, im Archiv f. prakt. Rechtswiss. nr. X. Bd. 6. S. 113 ff. (1869); Schott, in der cit. Schrift.

11) D. H. G. B. Art. 319 f. — 12) Wir folgen hier der Argumentation von Schott in der cit. Schrift.

fect, wenn die Willensäusserung des Schuldners dem Gläubiger zugekommen, also z. B. demselben der Brief oder die Depesche abgegeben worden ist. Denn erst in diesem Momente ist die Obligation in den Rechtsbereich des Gläubigers eingetreten, wo sie von dem in der Proposition bereits in Bewegung gesetzten Acceptationswillen sofort ergriffen und dadurch zum subjektiven Rechte gemacht wird. Einer Kenntnissnahme des Gläubigers von der Willensübereinstimmung des Schuldners bedarf es zur Vertragsperfection darum nicht, weil das Wissen, wie überhaupt, so auch auf dem Gebiete des Rechts, keine constitutive Kraft hat, sondern nur als Motiv des Wollens und Handelns von Bedeutung ist, der Gläubiger aber bereits in der Vertragsproposition gewollt und gehandelt hat. Beim gegenseitigen Vertrage ist es ganz gleich, von wem die Vertragsinitiative ausgeht, da hier jeder Contrahent sowohl Gläubiger als Schuldner wird. Der Vertrag ist in diesem Falle perfect, sobald die Acceptation des Oblaten dem Offerenten zugekommen ist. Denn in diesem Momente sind die wechselseitigen Obligationen (dem Zwecke des gegenseitigen Vertrages entsprechend) ausgetauscht (συνάλλαγμα). Einer Kenntnissnahme des Offerenten von der stattgehabten Acceptation bedarf es auch hier aus dem vorhin erwähnten Grunde nicht.

III. Nach dem eben Ausgeführten erfordert ein gültiger und rechtswirksamer Widerruf der Offerte, dass er dem Oblaten vor der Acceptation zukommt, nicht aber auch nothwendig, dass er ihm schon bekannt wurde; es genügt, dass er ihm bekannt sein konnte. Dafür spricht auch der Umstand, dass sonst durch den bösen Willen oder die Nachlässigkeit des Oblaten der Widerruf unwirksam gemacht werden könnte, und es dem Revocanten sonst unmöglich sein würde, den Beweis seiner Revocation zu erbringen. Diese Ansicht bestätigen auch die Quellen[13]). Ebenso ist auch ein Widerruf der Acceptation bis zum Eintreffen derselben beim Offerenten möglich, wenn er nur vor oder gleichzeitig mit der letzteren eintrifft[14]). Umgekehrt kann aber auch der Oblat, wenn

13) Vgl. l. 1. §. 2. quod iussu XV. 4; l. 12. de SC. Macedoniano XIV. 6; l. 11. §. 5. i. f. de inst. act. XIV. 3; l. 15. mand. XVII. 1; l. 29. §. 2. eod.; l. 12. §. 2. de sol. XLVI. 3. Vgl. l. 18. l. 34. §. 3. l. 38. §. 1. l. 51. eod.; l. 17. §. 1. l. 65. §. 6. pro soc. XVII. 2; l. 5. §. 2. de cond. causa dat. XII. 4. Ueber diese Stellen und über die scheinbar dagegen sprechenden l. 4. pr. de man. vind. XL. 2. l. 7. de div. XXIV. 2. c. 9. de procur. in VIto. I. 19. l. 18. comm. praed. VIII. 4. vgl. Schott a. a. O. S. 170 ff. u. überhaupt vgl. dens. S. 157 ff.

14) Beides nimmt auch das H. G. B. Art. 320. Abs. 2. und der Entwurf eines

er die Offerte abgelehnt hat, diese Ablehnung widerrufen und den Vertrag zu Stande bringen, wenn nur die Annahme die Ablehnung überholt oder gleichzeitig mit derselben beim Offerenten eintrifft[15]).

IV. Die Acceptation muss stets innerhalb der ausdrücklich für dieselbe festgesetzten oder sonst, da Niemand ein Vertragsanerbieten für immer macht, innerhalb der stillschweigend als vom Offerenten gewollt anzusehenden Frist erfolgen; andernfalls ist sie ganz wirkungslos. Im Zweifel hat der Richter die Dauer der Frist, für welche das Vertragsanerbieten, wenn es nicht inzwischen widerrufen worden war, zu gelten hatte, nach billigem Ermessen, mit Rücksicht auf die Natur der Offerte, den Gegenstand des Vertrags, die Handels- und Ortsgebräuche, den gewöhnlichen Geschäftsgang und die Geschäftsverbindung der Contrahenten, sowie nach den übrigen Umstände des Falles zu bestimmen[16]).

V. Wenn der Offerent vor der Perfection des Vertrages stirbt oder handlungsunfähig wird, so hat dieses an und für sich auf das Zustandekommen des Vertrags keinen Einfluss[17]), ausser wenn die individuellen Eigenschaften des Offerenten wesentlich für den Inhalt des Vertrags in Betracht kommen, wie dieses z. B. bei dem Mandat und der Societät der Fall ist. Ebenso wird auch das Widerrufsrecht durch den Tod oder die Handlungsunfähigkeit des Offerenten nicht aufgehoben, sondern es geht dasselbe auf die Erben (soweit es sich um theilbare Rechte und Verbindlichkeiten handelt, † pro rata), beziehungsweise auf den curator furiosi etc. über. Um so weniger wirken selbstverständlich Tod oder Handlungsunfähigkeit des Offerenten vertragshindernd, wenn sie erst nach der Acceptation eintreten. Auch in den Quellen des gemeinen Rechts findet unsere Meinung eine Reihe

allgem. deutsch. Ges. über Schuldverhältnisse Art. 48. Abs. 2. an. Vgl. Schott a. a. O. S. 188.

15) Schott a. a. O. S. 188 f.

16) Vgl. Windscheid §. 307. nr. 4; Schott a. a. O. S. 189 ff. M. s. auch deutsch. H. G. B. Art. 319; Entw. eines allgem. deutsch. Ges. über die Schuldverh. Art. 45; Oesterr. Allg. Bürg. Ges. B. §. 862. a. E.

17) Anderer Meinung ist hier Windscheid §. 307. nr. 2., wobei er aber mit dem in Widerspruch tritt, was er selbst für die analogen Fälle des Todes des Bedingt-Berechtigten oder Bedingt-Verpflichteten während der schwebenden Bedingung (Windscheid I. §. 89; s. o. §. 86. nr. VI. a. S. 170.) und des Todes des Vertretenen vor der Genehmigung des von seinem Vertreter abgeschlossenen Geschäftes (Windscheid §. 313. a. E.; s. o. §. 83. nr. III. S. 169.) behauptet.

von Stützpunkten[18]). Wenn Tod oder Handlungsunfähigkeit auf Seite des Oblaten vor dessen Acceptation eintritt, und der Oblat bloss berechtigt werden soll, so können die Erben oder der curator furiosi etc. an seiner Statt acceptiren. Ebenso verhält es sich hier, wenn der Oblat verpflichtet werden soll, nur dass dann, wenn der Oblat handlungsunfähig geworden ist, nicht bloss sein Curator, sondern auch die Obervormundschaft, soweit nach allgemeinen Grundsätzen[19]) deren Einflussnahme nöthig ist, mitwirken muss. Tod oder Handlungsunfähigkeit des Oblaten nach der Acceptation sind ohne alle Bedeutung[20]).

§. 191. Von der Verbindlichkeit aus zweiseitigen Verträgen.

I. Bei zweiseitigen Verträgen kann ordentlicher Weise jeder Theil den anderen zur Erfüllung zwingen, wenn er seinerseits seine Leistung, soweit sie fällig ist, bereits gemacht hat oder gleichzeitig mit dem Anderen zu machen bereit ist. Demjenigen Theile, der aber schon vor dem Anbieten der eigenen Leistung die Gegenleistung fordert, kann eine exceptio doli oder retentionis, die sog. exceptio † nondum adimpleti contractus entgegengestellt werden. Wenn dann der Kläger entgegnet, er sei nicht in dolo, weil er geleistet habe, so muss er dieses replicando beweisen[1]).

II. Es gibt jedoch verschiedene Fälle, wo bei einem zweiseitigen Vertrage der Eine nach Belieben die beiderseitige Leistung verlangen oder verwerfen kann und der Andere sich diesem Entscheide fügen muss (sog. hinkende Geschäfte, † *negotia claudicantia*), so dass dann die Wirksamkeit des Vertrages von der Willkür des Ersteren abhängt. So wenn das Geschäft wegen Betrugs, Zwangs u. dgl. gänzlich anfechtbar ist[2]), oder wenn der Pupill sine tutore auctore ein Geschäft abgeschlossen hat, wo es bei ihm und seinem tutor steht, ob das Geschäft ganz und beiderseits gehalten werden soll

18) Vgl. l. 19. §. 3. de donat. XXXIX. 5; Gai. III. 160; §. 10. Inst. mand. III. 26; l. 26. pr. §. 1. l. 58. pr. mand. XVII. 1; l. 32. de solut. XLVI. 3; l. 5. §. 17. de inst. act. XIV. 3. Ueber diese und die scheinbar widersprechenden l. 18. comm. praed. VIII. 4. (vgl. aber auch l. 24. §. 1. rat. rem hab. XLVI. 8.), l. 48. de A. v. O. H. XXIX. 2. l. 41. de reb. cred. XII. 1. l. 2. §. 6. de donat. XXXIX. 5: vgl. Schott a. a. O. S. 202 ff. — Man vgl. auch D. H. G. B. Art. 297. 54. Abs. 2. Art. 319 f.

19) Vgl. u. §. 241. — 20) Vgl. Schott a. a. O. S. 207 ff.

§. 191. 1) Gai. IV. 126; l. 5. §. 4. de doli et met. exc. XLIV. 4; l. 5. Cod. de evict. VIII. 45; l. 25. de act. emt. vend. XIX. 1. Vgl. Vangerow §. 603. — 2) Vgl. o. §. 80.

oder nicht[3]), und ähnlich wenn ein minor Restitution erlangt hat oder erlangen kann. Auch kann eine besondere Vertragsclausel dem einen Contrahenten den Rücktritt offen halten[4]).

§. 192. Von dem Inhalte der Verträge.

I. Der Inhalt der Verträge muss so beschaffen sein, dass die Erfüllung des Versprochenen an sich möglich ist[1]). Blosse subjektive Unmöglichkeit hindert die Gültigkeit des Vertrages nicht[2]). Ungültig ist aber der Vertrag, durch welchen Jemand eine bestimmte Sache, die zu der Zeit schon nicht mehr existirte[3]), oder eine res extra commercium[4]) zu leisten verspricht. Allerdings entsteht hier, nicht bloss wenn der Versprechende diesen Sachverhalt wusste und dem Anderen verheimlichte, sondern im Falle des Kaufes auch dann, wenn beide Contrahenten jene Eigenschaft der Sache nicht kannten, dadurch ein Anspruch auf das Interesse[5]).

II. Ferner gibt es Verträge, mit deren Wesen es unvereinbar ist, dass die Sache im Eigenthum dessen stehe, dem sie versprochen wird[6]). So kann man sich nicht ein dare, d. h. die Eigenthumsübertragung hinsichtlich seiner eigenen Sache versprechen lassen und diese auch nicht kaufen, sondern nur den blossen Besitz der eigenen Sache u. dgl. Auch kann man seine eigene Sache nicht miethen, pachten, oder sich commodiren, deponiren oder verpfänden lassen. Jedoch fällt dieses Hinderniss bei jenen Verträgen weg, wenn sie unter einer Bedingung geschlossen werden und bei Erfüllung der Bedingung der Gläubiger nicht mehr das Eigenthum an der betreffenden Sache hat[7]). Umgekehrt hindert es die Gültigkeit des Vertrags nicht, wenn derjenige, welcher die Sache geben soll, nicht Eigenthümer derselben ist; nur kann

3) Vgl. §. 241. nr. III. — 4) S. §. 219. nr. I. 1—3.

§. 192. 1) S. o. §. 77. pr. II. — 2) L. 137. de V. O. XLV. 1; — 3) L. 1. §. 9. de O. et A. XLIV. 7; l. 15. pr. l. 57. pr. §. 1. de A. E. XVIII. 1. — 4) L. 83. §. 3; l. 103 sq. 137. §. 6. de V. O. XLV. 1.

5) Eine emtio venditio einer res extra commercium ist nämlich gültig, wenn der Käufer nichts von jener mangelhaften Qualität wusste, und kann der Käufer immer die actio emti auf die aestimatio anstellen, einerlei ob der Verkäufer jene Qualität kannte oder nicht (§. ult. Inst. de emt. et vend. III. 23; l. 1. l. 62. §. 1. l. 70. de contr. emt. XVIII. 1; l. 39. §. 3. de evict. XXI. 2.). Dieses passt wohl auf alle gleichartigen Verträge. Vgl. übrigens Windscheid Pand. §. 315. Note 5. — Ohne Einfluss ist es, wenn die im Vertrage versprochene Sache bloss extra commercium promittentis, aber in commercio des Promissars ist. Vgl. 34. de V. O. XLV. 1.

6) L. 1. §. 10. de O. et A. XLIV. f.; l. 82. pr. l. 87. de V. O. XLV. 1.; l. 16. pr. de C. E. XVIII. 1. l. 45. pr. de R. I. — 7) L. 31. l. 98. de V. O. XLV. 1.; l. 61. de C. E. XVIII. 1.

dadurch in Betreff der Erfüllung des Vertrags insoweit ein Hinderniss eintreten, als an Stelle der Sache selbst, wenn diese nicht zu erlangen ist, dem Gläubiger ein Ersatz des Werthes derselben geleistet werden muss[8]. Sogar der Dieb kann die Sache gültig deponiren und commodiren[9].

III. Ein Vertrag ist ungültig, wenn in der darin bedungenen Leistung oder in ihrem Verhältniss zur Gegenleistung etwas Unrechtliches oder Unsittliches oder die Anreizung oder Versuchung zu solchem liegt[10].

IV. Auch das Spielen um Geld war bei den Römern durch ein Senatus Consultum verboten[11], ausgenommen wenn es bei dem Spiele allein auf Muth und Geschicklichkeit ankam, oder um die Zeche gespielt wurde[12]. Der Prätor bedrohte auch den mit Strafe, der einen Anderen zum Spielen nöthigte, und gewährte dem, der bei sich spielen liess, wegen dabei vorgekommener Diebstähle, Eigenthumsbeschädigungen und Realinjurien keinerlei Ersatz und Klage. Die Spielschuld war nicht klagbar, und war sie bezahlt, so konnte sogar binnen 50 Jahren der Verspielende oder sonst dessen Vater oder der städtische oder Fiscalbeamte das Gezahlte zurückfordern[13]. Auch aus Hülfsgeschäften zum Spiel konnte nicht geklagt werden[14], und so gewährte man analog auch aus dem Darlehen zum Spiel keine Klage. Justinian erneuerte[15] das Verbot aller Spiele um Geld und Geldeswerth, welche nicht zur Abhärtung des Körpers und zur Uebung des Muthes oder Schärfung des Verstandes (virtutis causa) gespielt würden. Als solche erlaubte ludi artis zählte er namentlich 5 auf[16]. Von Justinian[17] wurden gegen Geistliche wegen verbotenen Spielens kirchliche Strafen angedroht. Die Regeln des röm. Rechts gelten, soweit sie nicht bloss in den nichtglossirten Codexstellen, sondern auch in den Pandekten vorkommen, auch jetzt noch. Jedoch betrachtet man gewohnheitsrechtlich sog. Gesellschaftsspiele als erlaubt; es kann dabei jedoch

8) L. 137. §. 4. de V. O. XLV. 1; l. 28. de C. E. XVIII. 1.; l. 9. pr. l. 7. l. 24. §. 1. locati XIX. 2.; l. 15. commod. XIII. 6; l. 31. §. 1. depos. XVI. 3; l. 9. §. 4. l. 22. §. 2. de pign. act. XIII. 7. — 9) L. 1. §. 39. depos. XVI. 3; l. 16. commod. XIII. 6. — 10) L. 26. 27. pr. l. 35. §. 1. l. 66. l. 123. d. V. O. XLV. 1; l. 7. §. 3. l. 27. §. 3. 4. de pactis. II. 14; l. 1. §. ult. l. 2. pr. §. 1. l. 9. de condict. ob turp. caus. XII. 5; l. 57. pro socio XVII. 2; §. 7. Inst. de mand. III. 26. — 11) Dig. XI. 5. De aleatoribus; Cod. III. 43. De aleatoribus et alearum lusu, welcher Codex titel. aleat. 2 leges restitutae enthält und eine lex 3, die auch nicht glossirt ist. — 12) L. 4. de aleat. XI. 5. — 13) Vgl. jedoch Wächter in den Beilagen zu seinen Vorlesungen pr. §. 80. — 14) L. 2. §. 1. quar. rer. act. non dat. XLIV. 5. — 15) L. 3. Cod. h. t. III. 43. — 16) Vgl. Glück Bd. II. S. 326 ff. — 17) Nov. 123. c. 10.

nicht auf Zahlung der Spielschuld geklagt werden, während die Rückforderung bezahlter Spielschulden ausgeschlossen ist. Die blossen Gewinnspiele sind dagegen ganz verboten, so dass sogar die daraus bezahlten Verluste zurückgefordert werden können. Der Gewinn ist Folge des Spielens, gehört also dem Spieler, wenn er auch mit fremdem Gelde spielte.

Wetten[18]) d. h. Verträge, wodurch man sich gegenseitig verspricht, dass der, dessen Behauptung sich als unrichtig herausstelle, an den anderen, der die entgegengesetzte Behauptung aufstelle, etwas verwirken solle, waren schon bei den Römern (in Stipulationsform) sehr gebräuchlich und sind gültig, es sei denn, dass sie sich auf ein verbotenes Spiel bezögen oder sonst etwas Unsittliches an sich trügen[19]).

V. Der Vertrag muss ein pecuniäres Interesse gewähren[20]).

VI. Der Vertrag muss gehörig bestimmt sein, so dass man sich von seinem Inhalt eine deutliche Vorstellung machen kann[21]).

§. 193. Die Bestärkungsmittel der Verträge.

Ein Vertrag kann noch eine besondere Bestärkung erhalten:

1. Durch Verzicht auf Executionen[1]).
2. Durch Erfüllungseid[2]).
3. Durch Conventionalstrafe, Strafgeding, d. h. indem für den Fall, dass die Erfüllung einer Obligation, einer eigenen oder fremden Handlung, nicht gehörig geschieht, die Verpflichtung aufgelegt wird, entweder alternativ, (d. h. so dass eventuell statt der andern vielleicht an sich sogar nicht einmal erzwingbaren Obligation nur die Strafe geleistet werden soll)[3]), oder cumulativ (d. h. neben der Verpflichtung zur Erfüllung der ersten Obligation) eine bestimmte Leistung zu machen[4]). Im Zweifel muss man, wenn eine Conventionalstrafe ausbedungen ist, als das Minimum annehmen, dass eine alternative Obligation vorliegt, d. h, dass der Verpflichtete nach seinem Belieben durch Zahlung der Strafe sich der Hauptverbindlichkeit entledigen kann (sog. Wandelpön., † multa poenitentialis). Hier ist in der Conventionalstrafe das Maxi-

18) Arndts Ges. civ. Schr. Bd. 1. S. 384 ff.; Krügelstein, Ueber den begrifflichen Unterschied zwischen Spiel und Wette. Leipzig 1869. — 19) L. 3. de aleat. XI. 5.; l. 17. §. ult. de praescr. verb. XIX. 5. — 20) L. 8. §. 6. mand. XVII. 1; l. 97. §. 1. de V. O. XLV. 1. — 21) Keller, Pand. §. 222.

§. 193. 1) Vgl. z. B. o. §. 182. nr. VII. 5., nr. X. 5. 6. 7. — 2) S. o. §. 129. S. 268 ff. — 3) Vgl. o. §. 180. nr. II. S. 414; u. §. 194. S. 468. 476. — 4) Vgl. l. 28. Dig. de A. E. et V. XIX. 1.; l. 16. de transact. II. 15. M. s. o. §. 180. IV. S. 423.

mum des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung eines Vertrags bestimmt. Bei den Römern wurde die Conventionalstrafe zur Bewirkung der Klagbarkeit in Form der Stipulation eingegangen[5]).

4. Durch *arra* (Handgeld, Daraufgabe)[6]), d. h. durch eine Hingabe zum Zeichen eines abgeschlossenen Vertrages † *(arra confirmatoria*, † *contractu* oder † *pacto perfecto data)*, so dass das Hingegebene bei Erfüllung des Vertrags in die Leistung des Gebers einzurechnen ist, oder das Gegebene wieder zurückgegeben werden muss, wenn der Vertrag wieder rückgängig wird, falls nicht ausdrücklich oder stillschweigend ein Anderes verabredet wurde. Es kann die arrha aber auch von Seiten des Gebers die Bedeutung eines Reuegeldes haben, so dass er gegen blossen Verlust der arrha wieder vom Vertrage zurücktreten kann *(arra † poenitentialis)*.

Ferner kann eine arrha auch zur Sicherung für einen erst abzuschliessenden Vertrag gegeben werden *(arra † contractu* oder † *pacto imperfecto data)*, so dass der Geber sie verliert, oder der Empfänger sie doppelt zurückgeben muss, falls er nachher den Vertrag abzuschliessen verweigert[7]).

5. Auch durch Pfand,

6. durch Bürgschaft und

7. durch Erfüllungsversprechen *(constitutum debiti † proprii)*[8]) kann eine bereits bestehende Verbindlichkeit bestärkt werden.

§. 194. Die mögliche Wirksamkeit eines Vertrages für dritte Personen[1]).

I. Nach canonischem und heutigem Rechte kann man durch

5) §. 7. Inst. de V. O. III. 15; §§. 19. 21. Inst. de inut. stip. III. 19. — 6) Gai. III. 139; pr. Inst. de empt. III. 23; l. 35 pr. de. C. E. XVIII. 1; l. 3. C. de A. E. et V. IV. 49; Isidor Orig. IX. 7. §. 6, V. 35. §§. 20. 21. — v. Jagemann, Die Daraufgabe (Arrha). Vergleichende Rechtsstudien. Berlin. 1873. — 7) L. 6. pr. l. 8. Dig. de lege commiss. XVIII. 3; l. 17. Cod. de fide instrum. IV. 21. — 8) S. u. §. 219. nr. II. 1.

§. 194. 1) Vgl. o. §. 84.; Gai. III. 163—167. cf. II. 86—96; Inst. III. 28. per quas personas nobis acquiritur. cf. Inst. II. 9. et Cod. IV. 27. per quas personas nobis acquiritur; Inst. IV. 7. Dig. XIV. 5. Cod. IV. 26. quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicatur; Cod. IV. 13. ne filius pro patre. — Vgl. die o. §. 114. nr. II. 23. S. 235 citt. Quellen. — Dig. III. 3. Cod. II. 13. de procuratoribus. — Dig. III. 5. de negot. gest. — Dig. XXVI. 9. Cod. V. 39. quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt; Cod. IV. 11. ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant; IV. 50. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine vel aliena pecunia emerit; VII. 60. Inter alios acta vel iudicata aliis non nocere; vgl. Vangerow III. §. 608; Windscheid, Lehrbuch des Pand. R. Bd. II. §. 316. S. 189 ff. der 2. Aufl.; — Unger, Die Verträge zu Gunsten Dritter. Jena 1869; Ihering, Die Rechtswirkungen oder die Rückwirkung recht-

einen Stellvertreter unmittelbar Forderungen und Schulden contrahiren[2]).

II. Nach röm. Rechte dagegen entstand und wirkte die Obligation regelmässig nur unter den Contrahenten, auch wenn sie ausdrücklich für einen Dritten contrahirt war. Allerdings war es stets zulässig, dass Jemand als blosser Bote (nuntius) oder Unterhändler (proxeneta) die Willenserklärung des Dritten überbrachte oder vermittelte, indem dann immer dieser Dritte selbst der eigentliche Contrahent war[3]). Ein Vertrag aber, durch welchen man sich eine Leistung an einen Dritten in der Weise versprechen lässt, dass der Dritte der unmittelbare creditor werden soll, war nach röm. Rechte ganz ungültig[4]).

1. Der Promissar, der sich für den Dritten die Leistung versprechen liess, erhielt aus einem solchen Vertrage nur dann und nur insoweit ein Klagerecht, als durch die Leistung an den Dritten auch für ihn selbst (wie z. B. wenn der Vater sich eine Leistung für sein Hauskind versprechen liess, insofern er dadurch selbst erwarb), ein Vortheil begründet wurde[5]) oder wenn er sich eine Conventionalstrafe ausbedungen hatte[6]).

2. Nur in einigen Fällen wurde doch auch der Dritte, für den ein Anderer sich eine Leistung versprechen liess, aus einem solchen Vertrage berechtigt. Nämlich

a) stets erwarb der Sclave Alles für seinen dominus, auch wenn er sich nicht für diesen ausdrücklich die Leistung hatte versprechen lassen[7]) und ebenso war es bei dem in mancipio Befindlichen[8]); ferner erwarb die uxor in manu und ursprünglich das Hauskind stets für den Gewalthaber, während in der Kaiserzeit, seit Ausbildung des Peculienrechtes[9]) das Hauskind wenigstens dann für seinen pater familias erwarb, wenn es sich für diesen die Leistung hatte versprechen lassen[10]), oder wenn es die Forderung (oder das sonstige Recht) mit Rücksicht auf das peculium profecticium erwarb[11]).

licher Thatsachen auf dritte Personen, in s. Jahrb. X. S. 245—354 (1869); Bruns a. a. O. S. 344 f., 387 f.; Gareis, Die Verträge zu Gunsten Dritter. Würzburg 1873.

2) Vgl. o. §. 84. a. E. S. 173. — 3) L. 15. de const. pec. XIII. 6; l. 11. §. 11. depos. XVI. 3; l. 1. §. 1. mandati XVII. 1; Dig. L. 14. de proxeneticis. — 4) L. 11. de O. et A. XLIV. 7; l. 38. §. 17. l. 126. §. 2. de V. O. XLV. 1; l. 73. §. 4. de R. I. L. 17.; l. 6. Cod. si quis alteri IV. 50; l. 26. Cod. de iure dot. V. 12. — 5) §. 4. 20. Inst. de inut. stipul. III. 19; l. 3. Cod. eod. VIII. 38; l. 38. §. 20—23. de V. O. XLV. 1. — 6) §. 19. Inst. de inut. stip. III. 19.; l. 38. §. 17. de V. O. XLV. 1. — 7) S. o. §. 43. S. 94. — 8) S. o. §. 49. nr. V. S. 116 ff. — 9) S. u. §. 228. — 10) §. 4. Inst. de inut. stip. III. 19; l. 38. §. 17. l. 130. i. f. de V. O. XLV. 1. — 11) Inst. III. 28. per quas pers. obl. nobis acquir.

b) Ebenso erwirbt schon nach röm. Rechte die juristische Person und der Mündel alle die Forderungsrechte, welche der Vorsteher oder Vormund für diese contrahirt [12]), wenngleich der Vorsteher oder Vormund, so lange sein Amt dauert, als Stellvertreter auch zur Ausübung der erworbenen Forderung berechtigt bleibt. Die vermittelst des Vermögens des Mündels erworbene Forderung wird diesem selbst dann erworben, wenn der Vormund nicht einmal den Willen hatte, für jenen zu contrahiren [13]). Uebrigens konnte der Vormund nach röm. Rechte, auch wenn er für den Mündel den Vertrag abschloss, doch nicht auf den Namen des Mündels, sondern nur suo nomine contrahiren [14]). Eine Ausnahme hiervon wurde bei dem Vormund wie bei dem actor municipum nur insofern zugelassen, als, wenn ein *constitutum* [15]) vom Vormund oder Vorstand der juristischen Person auf den Namen des Mündels oder der jurist. Person abgeschlossen war, dadurch eine utilis actio für den Mündel oder die jurist. Person begründet wurde [16]), und als durch ein *pactum de non petendo*, welches vom Vormund unmittelbar für den Mündel abgeschlossen war, für diesen eine exceptio (doli) begründet wurde [17]).

c) Wenn ein Ascendent bei Bestellung einer dos die Rückgabe derselben an seine Tochter oder deren Kinder ausbedingt, so erlangen diese eine utilis actio [18]).

d) Wenn der Pfandgläubiger bei der Veräusserung des Pfandobjects dem Schuldner das Recht der Wiedereinlösung vorbehalten hat, so erlangt der letztere daraus eine actio in factum [19]).

e) Wenn Jemand eine fremde Sache einem Anderen zum Gebrauche oder zur Aufbewahrung übergibt und dabei ausbedingt, es solle die Sache dem Eigenthümer zurückgegeben werden, so hat dieser eine utilis actio commodati vel depositi [20]).

f) Wenn Jemand im Namen eines Dritten ein Darlehen gab oder eine Nichtschuld bezahlte, kann der Dritte in Folge dessen unmittelbar die *condictio mutui* oder *indebiti* anstellen, was aber seinen eigentlichen Grund darin hat, dass der Empfänger zur Rückgabe dessen verpflichtet ist, was er *sine causa* in Händen hat [21]).

12) L. 2. 4. Cod. quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt V. 39. — 13) L. 2. D. h. t. XXVI. 9; cf. l. 5. Cod. tit. cit. — 14) Cf. l. 9. pr. de adm. tut. XXVI. 7. — 15) S. o. §. 182. — 16) L. 5. §. 9. de pec. const. XIII. 5. — 17) L. 15. l. 28. §. 1. de pactis II. 14. — 18) L. 45. sol. matr. XXIV. 3; l. 7. Cod. de pact. conv. V. 14. cf. l. 9. l. 23. de pact. dot. XXIII. 4; l. 45. §. 2. de V. O. XLV. 1. — 19) L. 13. pr. de pign. act. XIII. 7. cf. l. 7. §. 1. de distr. pign. XX. 5. — 20) L. 8. Cod. ad exhib. III. 42. — 21) L. 2. §. 4.; l. 9. §. 8. de R. C. XII. 1; l. 6. 47. 57. pr. de cond. ind. XII. 6; l. 126. §. 2. de V. O. XLV. 1., l. 4. Cod. si cert. pet. IV. 2.

g) Verschenkt Jemand eine Sache mit der Auflage, dieselbe später an einen Dritten herauszugeben, so hat dieser dann eine utilis actio[22]).

3. Auch dass Jemand sich etwas für sich und seine Erben versprechen liess, hatte nach röm. Rechte niemals einen Anstand; denn der Erbe als solcher ist ja die nämliche Person, die vorher der Erblasser selbst bei seinen Lebzeiten repräsentirte[23]). Für den Fall, dass der stipulator mehrere Erben hatte, aber die Stipulation nur für sich und einen dieser mehreren Erben abschloss, war bestimmt[24]): „quod *dari* stipulemur, non posse per nos uni ex heredibus acquiri, sed necesse esse, omnibus acquiri; at quum quid *fieri* stipulemur, etiam unius personam recte comprehendi.“ Die hier getroffene Unterscheidung beruhte offenbar darauf, dass nach altem Rechte obligationes in faciendo gar nicht auf die Erben übergingen, ausser wenn sie besonders darauf gestellt waren. Dieser Grundsatz wurde aber durch Justinian aufgehoben[25]), so dass also seitdem auch bei obligationes in faciendo stets alle Erben berechtigt wurden, selbst wenn der Erblasser auch bloss einen ausdrücklich genannt hatte.

4. Ganz ungültig war es dagegen nach klassischem Rechte, wenn Jemand sich etwas „*post mortem suam*“, d. h. bloss für seine Erben (sei es durch Stipulation, sei es bei einem negotium bonae fidei durch pactum adiectum) versprechen liess[26]). „Inutile mandatum est[27]), quia *generaliter* placuit, ab heredis persona obligationem incipere non posse.“ Wollte daher der creditor sich die Erfüllung einer obligatio nach seinem Tode sichern, so setzte er neben sich noch einen *adstipulator*, d. h. einen accessorischen creditor, der sich dieselbe Leistung (ein minus war dabei zulässig, aber kein plus) von dem debitor stipulirte, wie der principale Gläubiger, also ebenfalls ein Forderungsrecht auf dieselbe obligatio hatte, an Stelle des Hauptgläubigers klagen, Zahlung annehmen konnte u. s. w.[28]). Der adstipulator (der sich zum creditor, reus stipulandi, gerade so verhielt, wie der adpromissor, Bürge, correus promittendi, zum Schuldner) war dem principalen Gläubiger für eingezogene Zahlung oder sonstige Benutzung seines accessorischen Rechtes wie ein Mandatar verantwortlich; der creditor hatte desshalb gegen ihn die actio mandati. Für den Fall, dass der adstipulator *pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit*, gewährte das zweite Kapitel der *lex*

22) L. 3. Cod. de donat. quae sub modo. VIII. 55. — 23) L. 38. §. 12. 14. de V. O. XLV. 1; l. 33. de pact. II. 14. — 24) L. 137. §. 8. de V. O. XLV. 1. — 25) L. 13. Cod. de contrah. stip. VIII. 37. — 26) Gai. III. 100. 117. 158; §. 13. Inst. de inut. stip. III. 19. — 27) So sagt Gai. l. c. — 28) Gai. III. 111 sqq.

Aquilia[29]) eine *actio quanti ea res esset*, was zwar wegen der ohnehin statthaften actio mandati in der Hauptsache überflüssig, aber doch insofern von besonderer Bedeutung war, als die Klagen *ex lege Aquilia* gegen den *infitians* auf das duplum gehen. Ein Sclave konnte nicht adstipulator sein, ein filius familius erwarb als adstipulator seinem Vater nicht und konnte als solcher nur dann erst klagen, „si sine capitis diminutione exierit de potestate parentis." Die ursprüngliche Bestimmung eines adstipulator scheint die gewesen zu sein, eine Vertretung im Prozesse[30]) zu ermöglichen. Auch wird die Anwendung eines adstipulator bei Eingehung eines vadimonium erwähnt[31]). In der späteren Zeit, als cognitores und procuratores als Stellvertreter im Prozesse zulässig waren, fiel der zuerst erwähnte Hauptzweck des adstipulator hinweg, und wurde nun aus dem ursprünglich blossen Nebenzwecke desselben, einer *stipulatio: post mortem creditoris dari*, wenigstens in der Person des adstipulator Kraft zu verschaffen, der Hauptzweck[32]). Und auch diese letzte Anwendung des adstipulator hörte endlich auf, als Justinian die Stipulation *post mortem dari* geradezu für gültig erklärte[33]), so dass seitdem auch eine obligatio und actio a persona heredis incipere potest[34]). Hat dann der Erblasser für einen solchen Fall den Vertrag ausdrücklich nur auf Einen seiner mehreren Erben gestellt, so kommt desshalb diese erst in der Person des Erben entstehende Obligation auch nur in der Person dieses Einen Erben zur Entstehung.

5. Wenn sich Jemand Etwas für sich und einen Andern (oder ein Sclave etwas für seinen dominus und einen Andern) versprechen lässt, so geschieht dieses entweder copulativ oder alternativ. Im ersteren Fall (mihi et Titio, mihi et Sempronio") erwirbt der Dritte kein Recht, und ob der Promissar das Ganze oder nur die Hälfte fordern könne, war unter den römischen Juristen bestritten[35]). Die Sabinianer sagten, der Zusatz: „et Titio" oder „et Sempronio" sei vitiös und müsse gestrichen werden und die ganze stipulatio sei für den stipulator gültig. Nach der im Corpus iuris recipirten Ansicht der Proculianer kann er aber nur die Hälfte gültig fordern[36]). In dem anderen Falle, wo bei einem Obligationsverhältniss zwischen zwei bestimmten Personen noch eine dritte Person in der Art hinzugefügt wird, dass an diese ebenfalls die

29) Das wir erst durch den Veronesischen Gaius III. 215 sqq. kennen lernten. — 30) S. o. §. 112. S. 217. — 31) Cic. p. Quinct. 18. — 32) Gai. III. 117. — 33) L. 11. Cod. de contr. stip. VIII. 37. — 34) L. un. Cod. ut act. ab hered. IV. 11. — 35) Gai. III. 103. — 36) §. 4. Inst. de inut. stip. III. 19; l. 110. pr. de V. O. XLV. 1.

Zahlung geschehen könne, heisst diese dritte Person *adiectus* oder *solutionis causa adiectus*, und ein solches Verhältniss gilt in der Regel schon dann als vorhanden, wenn sich Jemand für sich oder einen Andern (mihi aut Titio) etwas versprechen lässt[37]). Der solutionis causa adiectus unterscheidet sich von dem adstipulator dadurch, dass er nicht selbst stipulirt und nicht creditor wird, sowie dass er nicht bloss bei obligationes ex stipulatu, sondern bei allen Arten von Vertragsobligationen hinzutreten kann. Von dem blossen Mandatar unterscheidet sich der solutionis causa adiectus hinwiederum dadurch, dass derselbe zwar durchaus kein Forderungsrecht erhält, also auch nicht klagen, oder eine acceptilatio, oder novatio, oder ein constitutum, oder eine compensatio u. dgl. mit der Forderung vornehmen kann[38]), indem er nicht selbst contrahirt hat; dass aber der debitor vollkommen berechtigt ist, nach seiner Wahl an den creditor oder an den adiectus zu zahlen[39]), so dass der Gläubiger dem debitor diese Berechtigung auch gar nicht entziehen darf, während das Recht des Schulders an den blossen Mandatar des Gläubigers zu zahlen, mit dem Verbot des Gläubigers von selbst aufhört. Insofern steht aber allerdings der adiectus einem Mandatar des Creditors gleich, als dieser Letztere das dem adiectus Gezahlte mit der actio mandati von demselben abfordern kann, indem schon in der adiectio selbst, wenn es auch nicht ausdrücklich ausgemacht ist, ein Auftrag von Seiten des creditors und in der Annahme der Zahlung die Acceptation dieses Auftrags von Seiten des adiectus liegt[40]).

Voraussetzungen einer gültigen Adjection sind übrigens:

a) dass die Obligation selbst gültig, und dass ein bestimmtes Subject vorhanden ist, welches die Forderung aus der Obligation erwirbt; neben diesem Subjecte kann dann noch alternativ ein anderes Subject hinzugefügt werden, aber nur eine solche Person, welche die Forderung nicht selbst erwerben kann. Wenn nämlich beide in der Stipulation genannten Personen das Forderungsrecht selbst erwerben können, wie z. B. wenn ein Sclave sich alternativ für seine beiden Herrn versprechen liess („Titio aut Sempronio X dare spondes?), so ist die Obligation ungültig und kann daher auch von keiner Adjection die Rede sein („nam cum uterque obligationis capax sit, non invenimus, quis adiectus sit, quia non est, qui petere possit") [41]). Und wenn ein Haussohn sich

37) Vgl. Vangerow III. §. 582 Anm. — 38) L. 10. de solut. XLVI. 3; l. 7. §. 1. de const. pec. XXIII. 5. — 39) L. 12. §. 3.; l. 59.; l. 106. de solut. XLVI. 3; §. 4. Inst. de inut. stip. III. 19. — 40) §. 4. Inst. de inut. stip. III. 19.; l. 131. §. 1. de V. O. XLV. 1; l. 98. §. 5 in fine de solut. XLVI. 3. — 41) L. 12. de stip. serv. XLV. 3.

oder seinem Vater etwas versprechen lässt, so ist zwar eine gültige obligatio vorhanden, aber von einer adiectio kann doch nur die Rede sein, wenn das aus dem Vertrage hervorgehende Forderungsrecht zu den selbstständigen Rechten des contrahirenden Sohnes, z. B. zu dem peculium castrense desselben gehört[42]). Dagegen wenn der Vater sich oder seinem Haussohn etwas versprechen lässt, ist der Sohn allerdings adiectus[43]).

b) In der Person des adiectus gibt es keine besonderen Erfordernisse, und sogar Pupillen, Wahnsinnige u. dgl. können giltig adjicirt werden, so dass dann solchen Personen ohne Zuziehung ihres Tutors oder Curators gültig gezahlt werden kann[44]); ja es wird in einem derartigen Falle der Schuldner durch die Zahlung an den Vormund nur soweit liberirt, als er eine in rem versio in das Vermögen des Pupillen oder Wahnsinnigen nachweisen kann[45]).

c) Das Object der Obligation muss natürlich so beschaffen sein, dass dabei auf die Person des Empfängers nichts ankommt[46]). Jedoch kann insofern für den adiectus sogar ein anderes Object bestimmt werden, als der Schuldner sich dann durch Leistung dieses anderen Objectes an den adiectus zwar nicht civilrechtlich, aber doch ope exceptionis libérirt[47]). Und wenn für den creditor und den adiectus ein verschiedenes Quantum festgesetzt ist, so muss der debitor, falls für den adiectus weniger angesetzt ist, das plus gemäss der vermuthlichen Absicht der Contrahenten an den creditor nachzahlen, während er im umgekehrten Falle, wo für den adiectus mehr angesetzt ist, sich durch die Leistung des Wenigeren an den creditor vollständig liberirt, aber falls er an den adiectus zahlen will, diesem das plus zu leisten verbunden ist[48]).

d) Nebenbestimmungen, Bedingungen[49]), Zeitbestimmungen[50]), Ortsbestimmungen[51]) können der adiectio hinzugefügt werden. Ist ein Zahlungsort bestimmt, und es macht der debitor seine Leistung mit Bewilligung des adiectus an einem andern Orte, so kann der creditor das interesse loci nachfordern oder, falls die Leistung selbst durch die Ortsveränderung eine andere geworden ist, sogar eine nochmalige Leistung[52]).

e) Das Verhältniss des adiectus endigt nicht bloss durch jede Art von Erlöschung der Obligation, sondern auch durch Litiscon-

42) L. 95. §. 5. de solut. XLVI. 3. — 43) L. 95. cit.; l. 56. §. 2. de V. O. XLV. 1. — 44) L. 11. de solut. XLVI. 3. — 45) L. 95. §. 7. eod. — 46) Cf. l. 10. §. 1.; l. 12. de operis libert. XXXVIII. 1. — 47) L. 141. §. 5. de V. O. XLV. 1; l. 34. §. 2.; l. 98. §. 6. de solut. XLVI. 3. — 48) L. 98. §. 5. de solut. et lib. XLVI. 3. — 49) L. 141. §. 7 sqq. de V. O. XLV. 1; l. 98. §. 4. desolut. XLVI. 1. — 50) L. 98. §. 4. cit.; l. 141. §. 6. de V. O. XLV. 1. — 51) L. 98. §. 6. de solut. XVI. 3. — 52) L. 2. §. 7. de eo quod certo loco. XIII. 4.

testation mit dem creditor[53]), durch Tod des adiectus[54]), durch Ablauf des für die Zahlung an den adiectus festgesetzten Tages und so oft eine derartige Veränderung in der rechtlichen Lage des adiectus eintritt, dass dadurch dem creditor das Verfolgen seiner rechtlichen Ansprüche gegen den adiectus erschwert würde, wie z. B. bei einer Arrogation desselben[55]).

6. Wenn Jemand sich Etwas für sich oder einen Anderen versprechen lässt („spondesne mihi aut Titio dare"), so wird dieser Andere der Regel nach in der besprochenen Weise als adiectus zu betrachten sein. Jedoch können die Parteien den Vertrag auch in anderer Weise verstehen, nämlich dahin, dass der Vertrag als ein bedingter anzusehen sei, wie wenn gesagt wäre: spondesne mihi dare, si Titio non dederis?[56]) Eine solche Auslegung kann aber nur dann angenommen werden, wenn specielle Gründe diese Absicht der Parteien kund geben. Ein solcher Fall würde dann natürlich von dem adiectus in den Resultaten verschieden sein, wie z. B. bei der Stipulation: spondesne mihi decem aut Titio quinque dare? — der Schuldner bei der letzteren Auslegung durch die Zahlung von fünf an den Titius vollkommen liberirt würde, während dieses im Falle, dass Titius als adiectus zu betrachten wäre, sich anders verhielte.

7. Als allgemeine Regel ist noch hervorzuheben, dass auch nach röm. Rechte ein Dritter sich dann auf den Vertrag berufen kann, wenn dieses nöthig ist, um den vollen Erfolg für den eigentlichen Paciscenten zu schützen[57]), wie z. B. wenn Einer von mehreren socii, die correi debendi sind, mit dem Gläubiger ein pactum de non petendo abgeschlossen hat, indem dann die übrigen socii, wenn sie belangt würden, einen Regress pro rata gegen den durch das pactum de non petendo Befreiten haben würden.

8. Andere als die bisher angegebenen Fälle gab es auch nach neuestem röm. Rechte nicht, in denen ein Vertrag mit Wirksamkeit auf einen Dritten gestellt oder für ihn wirksam werden konnte. In anderen Fällen konnten nur durch Cession[58]) und utiles actiones die Wirkungen der Obligation von dem Gläubiger auf einen Dritten übertragen werden. Jedoch nach canon. Rechte und deutschrechtlicher Praxis wird, wie schon oben[59]) bemerkt wurde, ganz allgemein aus einem im Namen eines Dritten abgeschlossenen Vertrage diesem Dritten ohne Weiteres eine Klage einge-

53) L. 16. pr. de fideiuss. XLVI. 1; l. 57. §. 1. de solut. VLVI. 3. — 54) L. 81. pr. eod. — 55) L. 56. de V. O. XLV. 1; cf. l. 38. pr.; l. 95. §. 6. de solut. XLVI. 3. — 56) Cf. l. 141. §. 6. de V. O. XLV. 1; l. 98. §. 5. de solut. XLVI. 3. — 57) L. 23. 25. de pact. II. 14.; l. 21. §. 5. eod. — 58) S. o. §. 181. S. 424 f. — 59) S. o. nr. I.

räumt, falls der Contrahent durch sein Amt (als Vormund oder als Vorsteher einer juristischen Person) oder durch Auftrag zu einer solchen Vertretung befugt war. Dem letzteren Falle steht aber die negotiorum gestio gleich, wenn derselben eine Ratihabitation nachfolgt. Wenngleich nun aber nach heutigem Rechte, abweichend vom römischen Rechte, ein Vertrag, wodurch der Mandatar sich etwas unmittelbar für seinen Mandanten versprechen lässt, vollkommen gültig ist, und der Mandant also aus einem solchen Vertrage ein sofortiges Klagerecht erlangt (nicht auch der Mandatar, ausser wenn er zugleich ein mandatum ad exigendum erhalten hätte), so kann man doch (abgesehen von dem Falle, dass der Mandatar blosser nuntius des unmittelbar selbst das Geschäft contrahirenden Mandans ist) nicht sagen, dass der Mandans, sondern man muss sagen, dass der Mandatar der wahre Contrahent ist, indem der Mandatar selbst den zum Abschluss des Vertrags nöthigen Willen zu fassen, also selbst zu wollen hat, und der Vertrag gerade durch diesen Willen des Mandatars zur Existenz gelangt. Wenn desshalb der Mandatar als der Contrahent der Obligation des Mandans anzusehen ist, so kann demgemäss in Betreff des Einflusses des Irrthums oder der Unkenntniss auf das Geschäft nur die Person des Mandatars in Betracht gezogen werden, obschon freilich der Umstand, dass der Mandatar das Geschäft für den Mandans abschliesst, ebenfalls von Einfluss ist. Wenn daher bei einem Geschäfte ein rechtlicher Anspruch davon abhängt, dass ein Contrahent einen gewissen Umstand nicht kennt, und der Mandatar denselben kennt, so ist jener Anspruch niemals begründet, ohne Rücksicht darauf, ob der Mandans den betreffenden Umstand kennt oder nicht kennt[60]). Kennt aber der Mandatar jenen Umstand nicht, so ist für seine Klage gegen den anderen Contrahenten die Kenntniss des Mandans ganz ohne Einfluss[61]), während freilich in einem solchen Falle der Mandans, der um den Umstand weiss, wenn er als Kläger auftritt, mit einer exceptio doli zurückgewiesen werden kann[62]).

III. Auch ein Vertrag, durch welchen Jemand die Leistung eines Dritten verspricht, also ein Dritter als Schuldner aufgestellt wird, ist nach röm. Rechte ungültig, und es kann weder der Dritte, noch auch der Paciscent selbst daraus verpflichtet werden[63]). Jedoch

60) L. 5. pr. de trib. act. XIV. 4.; l. 51. §. 1. de aedil. edict. XXI. 1.; l. 16. §. 2. 3.; l. 22. §. 5. de liber. causa XL. 12.; cf. l. 17. eod. Vangerow III. 608. Anm. sub. IV. c. S. 319 f. — 61) L. 51. §. 1. de aed. ed. XXI. 1. — 62) L. 13. de contr. emt. XVIII. 1.; cf. l. 16. §. 4.; l. 17. de liber. causa. XL. 12. — 63) §. 3. Inst. de inut. stip. III. 19; §. 21. eod.; l. 58. §. 1. de V. O. XLV. 1.; l. 38. pr.; l. 83. pr. eod.

1. der **Dritte** wurde schon nach römischem Rechte natürlich dann als unmittelbarer Contrahent verpflichtet, wenn derjenige, welcher für ihn den Vertrag abschloss, bloss ein Zwischenträger oder Bote war.

2. Wenn das Versprechen (ausdrücklich oder nach den Umständen des Falles) bloss dahin geht, dass man für die Handlung des Dritten Sorge tragen, oder dass man für das Interesse einstehen wolle, so wird der Promittent selbst verpflichtet [64]). Ebenso wird natürlich der Promittent auch verbindlich zur Leistung der Conventionalstrafe, die er für den Fall, dass der Dritte die ihm zugedachte Leistung nicht erfülle, selbst zu leisten versprochen hat.

3. Ferner konnte man durch Intercession [65]) als debitor zu einer fremden Schuld hinzutreten.

4. Und es konnte auch in einigen Fällen bereits nach römischem Rechte ein Dritter aus den Verträgen anderer Personen belangt werden. Der pater familias und der dominus hafteten für die Schulden, die der filius familias oder Sclave contrahirte, in den schon früher aufgezählten Fällen der actiones † adiecticiae qualitatis: *de peculio, quod iussu, de in rem verso, institoria, exercitoria* [66]). Mit der actio de in rem verso haftete aber nach Diocletian und Maximinian auch der dominus negotiorum gestorum, für den sonst irgend Jemand im vernünftigen Interesse desselben ein Geschäft mit einem Dritten abschloss, diesem Dritten auf Ersatz der Bereicherung [67]), und mit der genannten *actio exercitoria* haftete schon nach prätorischem Edicte der Schiffseigenthümer (Rheder, exercitor navis) auch dann, wenn der von ihm angestellte Capitän (magister navis), der die Geschäfte für das Schiff abschloss, nicht sein Sclave oder filius familias, sondern eine freie und selbstständige Person war, sowie der Handelsherr nach prätorischem Edicte auch dann mit der *actio institoria* aus den Handelsgeschäften seines Gewerbführers (institor) haftete, wenn dieser auch nicht sein filius familias oder Sclave, sondern eine nicht in seiner Gewalt befindliche Person war. In der späteren Zeit ging die Praxis weiter und gestattete eine *actio quasi institoria* oder *utilis actio ad exemplum institoriae* gegen denjenigen, in dessen Auftrag ein Anderer ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hatte [68]).

64) §. 9. Inst. de inut. stip. III. 19; l. 14. §. 2. de pec. const. XIII. 5., l. 38. §. 24.; l. 81. pr.; l. 83. pr.; l. 112. §. 1. de V. O. XLV. 1.; l. 13. 18. 19. ratam rem haberi. XLVI. 8. — 65) S. o. §. 182. — 66) S. o. §. 43. S. 94, §. 114. nr. II. 23. S. 235. — 67) L. 7. §. 1. Cod. quod cum eo qui in aliena pot. IV. 26. — 68) L. 16. 19. pr. de inst. act. XIV. 3.; l. 5. 6. C. eod. IV. 25.; cf. l. 7. §. 1. Cod. quod cum eo. IV. 26.

5. Auch wenn ein Vormund in vormundschaftlichen Angelegenheiten Verbindlichkeiten einging, so konnte nach Beendigung der Vormundschaft mit einer utilis actio gegen den früheren Pflegling geklagt werden[69]; hatte sich der Vormund aber bei dem Geschäfte eines dolus schuldig gemacht, so haftet der Mündel nur, so weit er bereichert ist[70].

6. Auch wenn ein Miteigenthümer den übrigen sociis verspricht, er werde innerhalb bestimmter Zeit nicht auf Theilung dringen, so ist sogar sein Singular-Successor an diesen Vertrag gebunden[71].

7. Ein durch die Majorität der Gläubiger abgeschlossener Stundungsvertrag bindet auch die Minorität[72].

8. Endlich erlaubte Justinian eine Klage gegen den Erben, auf dessen Namen der Erblasser eine Verbindlichkeit contrahirt hatte[73].

9. Nach canon. Rechte und deutschrechtlicher Praxis kann aber, wie schon oben bemerkt wurde, ein Dritter stets unmittelbar aus allen den Geschäften belangt werden, die ein wahrer Stellvertreter (vi officii oder vi mandati) für ihn abschliesst.

Die einzelnen Arten der römischen Contracte.

§. 195. Der römische Verbal-Contract[1].

I. Als Verbalcontract[2] erscheint nicht das *re et verbis* geschlossene nexum[3], (die lex mancipii bestand nicht in einer Frage und Antwort), noch auch gehören dahin die in einigen besonderen

69) L. 4. §. 1. de evict. XXI. 2.; l. 12. §. 1. de adm. et per. tut. XXVI. 7.; l. 8. quando ex facto tut. XXVI. 9.; l. 3. Cod. eod. V. 39. — 70) L. 3. quando ex facto tut. XXVI. 9.; l. 15. pr. de dolo malo. IV. 4.; l. 3. §. 2. de trib. act. XIV. 4. — 71) L. 1. §. 3. comm. divid. X. 3.; l. 16. §. 1. pro soc. XVII. 2. — 72) S. o. §. 183. nr. V. — 73) L. un. C. ut act. ab her. IV. 11.; cf. l. 11. Cod. de contr. stip. VIII. 37 s. o. unter nr. II. 4. S. 472.

§. 195. 1) Gai. III. 92—127. und l. 1. §§. 7—15. Dig. de oblig. et act. XLIV. 7; Paul. S. R. II. 3. I. 20. V. 7—9; Dig. XLV. 1. de verbor. obligationibus; Inst. III. 15. bis 20, besonders Inst. III. 18. (19.) de divis. stipul.; 19. (20.) de inutil. stipul. (In diesem Titel werden die Erfordernisse der Contracte überhaupt vorgetragen.); Cod. VIII. 38. eod.; Cod. VIII. 37. de contrah. et committ. stip. cf. Cod. VIII. 40—44; Nov. 99. c. 4. Vgl. Boecking, Abriss der Institutionen. Buch II. cap. II. §. 27. S. 142 f. der 2. Aufl.; Keller, Grundr. zu Vorles. über Institut. u. Antiquit. Berlin 1854—58. §. 116. S. 93 ff.; Danz, Röm. Rg. Bd. 2. §. 150. Vgl. auch die o. zu §. 188. cit. Lit.; Delbrück, Verborum obligatio: Nexum, stipulatio, Wechsel in Eberty's Ztschr. Das Volk und sein Recht. Halle 1845. Bd. 1. S. 128—148. Bd. 2. S. 86—110 f.

2) S. o. §. 188. nr. II. IV. S. 450. f. — 3) S. o. §. 49. nr. IV. S. 113 ff.

Fällen schon aus einseitiger Zusage entstehenden Obligationen[4]), sondern nur die durch *stipulatio*[5]), ursprünglich *stipulatus*, d. h. durch mündliche Frage und dieser genau entsprechende, ursprünglich sogar nothwendig dasselbe Stichwort wie die Frage enthaltende Antwort (ex interrogatione et responsione) begründete einseitige civilrechtliche Obligation, aus welcher die *actio ex stipulatu* hervorging, welche stricti iuris war[6]). Jedoch wenn eine clausula doli in der Stipulationsfrage enthalten[7]) oder ein dare facere *ex fide bona* stipulirt war[8]), so wurde dieses auch bei der Klage (in der demonstratio) ausgedrückt, und es wurde dann mit der Condemnation wie in einem iudicium bonae fidei gehalten.

II. Die Unterschiede zwischen den Stipulationsformen waren schon vor Justinian verschwunden. Unter den Formeln war nämlich die der *sponsio* (dari spondes? spondeo) die älteste und streng civil, während die übrigen Formeln (promittis? promitto; dabis? dabo; facies? faciam u. s. w.) auch Peregrinen zugänglich waren und auch in verschiedenen Sprachen angewandt werden konnten, wenn nur die Frage direct gestellt und die Antwort dieser genau entsprechend war. Ueberflüssiges in der Antwort war von jeher unschädlich[9]). Auch wurde die Nothwendigkeit der strengen Congruenz von Frage und Antwort später wenigstens von den Sabinianern dahin modificirt, dass die stipulatio bis zur übereinstimmenden Summe galt[10]). Leo I. erliess auch das Erforderniss der solennen Worte und erklärte, dass zur Erklärung der Willenseinigung jede Art geeigneter Worte genüge[11]). Damit war freilich aber noch nicht der germanischrechtliche Satz (*† pacta sunt servanda)* aufgestellt, dass durch jede formlose Willenseinigung schon ein klagbarer Vertrag begründet werde.

III. Von jeher war es übrigens üblich, über eine geschlossene Stipulation zur Sicherung des Beweises eine schriftliche Bescheinigung (cautio) auszufertigen. In Folge dessen hatte sich schon im classischen Rechte der Satz entwickelt, dass schriftliche Bescheinigung

4) S. u. §. 212. — 5) Abgeleitet von stips = Geld pr. Inst. de V. O. III. 15.; Paul. R. S. V. 7. 1; Varro de L. L. V. 182 in Bruns Fontes, ed. 2. p. 213.; Festus s. v. stipem ed. Müll. pag. 297, 313; Bruns, Fontes pag. 206; l. 27. §. 1. de V. S. L. 16. — Man kann stipulatio auch von *stipula* (Stab, Eidstab, Halm, cf. l. 30. §. 1. de V. S. L. 16.) ableiten, wegen des feierlichen Gelobens auf den Eidstab oder der Symbole des Stabes oder Halmes, die dabei zerbrochen wurden. — 6) S. o. §. 114. II. 13. S. 226. — 7) S. o. §. 80. nr. III. S. 166. — 8) L. Rubr. c. 20. v. 26 sq. — 9) L. 65. pr. de V. O. XLV. 1. — 10) Paul. l. 34. §. 1. de V. O. XLV. 1; l. 83. §. 2. 3; l. 35. §. 2. eod.; Ulp. l. 1. §. 3. 4. eod.; §. 5. Inst. de inut. stip. III. 19. — 11) L. 10. Cod. de contr. stip. VIII. 37. a. 469; pr. Inst. de verb. oblig. III. 15.

der gehörigen Frage und Antwort eine gültige Obligation begründeten, selbst wenn die Stipulation nicht wirklich stattgefunden habe[12]). Jedoch verlangten Severus und Antoninus[13]) und Justinian[14]), dass die Urkunde wenigstens in Gegenwart beider Theile abgeschlossen sei, so dass sie durch den Beweis des Alibi, d. h. dass sich die eine Partei damals an einem anderen Orte aufgehalten habe, entkräftet werden konnte.

IV. Es konnte jede Leistungspflicht in die Stipulationsform gebracht, und durch die von dem Juristen Gallus Aquilius erfundene, uns erhaltene[15]) Formel *(stipulatio Aquiliana)* konnte jede Art von Obligation in eine Stipulationsschuld umgewandelt (novirt) werden. Wir lernten auch bereits die Stipulation als die unter Justinian verschwundene *adstipulatio* und als *adpromissio* zur Begründung eines activen und passiven Correalobligationsverhältnisses[16]), sowie die Stipulation bei der Schenkung[17]) und zur Bestellung einer cautio necessaria im Prozesse[18]) kennen. Noch im Justinianischen Rechte war die Stipulation beim Abschluss gewisser Geschäfte, z. B. regelmässig noch zu Zinsverträgen, zur fideiussio, novatio, Delegation, zu Verbalcautionen, zum Versprechen einer Conventionalstrafe nothwendig, im heutigen Rechte aber kommt sie gar nicht mehr vor, indem sie niemals recipirt wurde.

§. 196. II) Der römische Literalcontract (contractus nominum) und der heutige Schuldschein[1]).

I. Dieser während der letzten Hälfte der Republik entstandene Contract wurde durch Eintragung in die Hausbücher (Cassabücher), begründet, die des census wegen geführt wurden. Man trug die gemachten Geschäfte meistens zuerst in ein Notizbuch (adversaria) und sodann monatlich geordnet in das Hauptbuch (tabulae

12) Paul. S. R. V. 7. §. 2.; Ulp. l. 30. de verb. oblig. XLV. 1.; §. 17. Inst. de inut. stip. III. 19.; §. 8. Inst. de fideiussor. III. 20. — 13) L. 1. de contrah. et committ. stip. VIII. 37. — 14) L. 14. eod. — 15) In L. 18. §. 1. Dig. de acceptilatione XLVI. 4. u. §. 3. Instit. quit mod. obl. toll. III. 29. — 16) S. o. §. 180. S. 419; §. 194. S. 470 f. — 17) S. o. §. 93. S. 184. — 18) S. o. §. 102. II. S. 202; §. 122. II. S. 255.

§. 196. 1) Cicero pro Q. Rosc. II.; Gai. III. 128—134; Inst. III. 21. de literar. oblig. cum Theoph. Cf. Cod. IV. 30. de non numerat. pecun.; Conf. Greg. Cod. IV. 1. und 2. Herm. Cod. I.; Theod. Cod. II. 17; Iustinian. Cod. V. 15; Nov. 100. Vgl. o. §. 189. III. S. 454. — Keller in Sell's Jahrbüchern Bd. I. nr. 3.; Hecht, Die röm. Kalendarienbücher. Heidelberg 1868. Vgl. auch die zu §. 191. angef. Literatur; P. Gide, Sur le contrat literis (Revue de législation ancienne et moderne. Paris 1873); Danz Röm. Rg. Bd. 2. §. 151.

oder codices accepti et expensi) ein. Nomen in tabulas referre hiess einen Posten eintragen. Expensilatio, expensum ferre, scribere quod debeatur hiess das Einschreiben desjenigen, was man zu fordern hatte; acceptilatio, acceptum ferre, scribere quod debeat hiess das Eintragen dessen, was man schuldete. Der Gläubiger schrieb also in sein Hausbuch mit Bewilligung des Schuldners die expensilatio und in dem Hausbuch des Schuldners wurde die acceptilatio eingetragen und dadurch war die Obligation begründet. Jedoch konnte statt durch acceptilatio im Hausbuche des Schuldners auch durch Zeugen oder auf andere Weise der Beweis der an ihn gemachten Zahlung erbracht werden. Schon Gaius stellte das Eintragen in die Hausbücher nur noch als ein Mittel dar, wodurch man eine Obligation (wie die Sabinianer meinten auch für Peregrinen — während die Proculianer es bloss unter cives Romani gelten lassen wollten)[2]) in einen Literalcontract umwandeln (transcribere nomen a re in personam) oder — was auch nach den Sabinianern für Peregrinen nicht anwendbar war — den Schuldner umändern könne (a persona in personam transcriptio). Seit Augustus verfiel nämlich der census[3]), und seitdem hörte auch die regelmässige Führung von Hausbüchern und damit der Literalcontract allmählich auf.

Justinian setzte die Lehre vom chirographum de mutuo und von der sog. exceptio non numeratae pecuniae[4]) in seinen Institutionen an die Stelle, wo in den Institutionen des Gaius der Literalcontract abgehandelt war.

II. Verschieden von den Literalcontracten sind die *nomina arcaria*, d. h. die Empfangsbescheinigungen, welche die argentarii (Geldwechsler) von ihren Zahltischen aus (de arca, mensa) ausstellten und die als Beweismittel über die an sie gemachten Leistungen dienen sollten. Eine schriftliche Empfangsbescheinigung sonstiger Personen hiess *chirographum*. In den griechischen Provinzen des römischen Reiches gab es auch eine dem heutigen Wechsel vergleichbare Form der Begründung von Obligationen durch schriftliches Versprechen, *syngrapha*, welche Theophilus mit dem alten römischen Literalcontract verwechselte; ein Literalcontract wurde aber nicht durch blosse schriftliche Urkunde begründet, sondern eine über ihn gegebene Bescheinigung (cautio) war nur Beweismittel seines Abschlusses[5]).

III. Eine cautio oder ein Schuldschein muss, um gültig zu sein, discreta sein, d. h. die causa debendi enthalten[6]). Nur der heutige

2) Gai. III. 133. — 3) S. o. §. 44. nr. II. 2. S. 97. — 4) S. o. §. 127. nr. II. S. 265. — 5) Gai. III. 134. — 6) L. 25. §. 4. de prob. XXII. 3. = c. 14. X. de fide instr. II. 22.; l. 13. Cod. de non num. pec. IV. 30; o. §. 195. nr. III.

Wechsel und die Anweisungen und Verpflichtungsscheine, welche von Kaufleuten über Leistungen von Geld oder einer Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapieren ausgestellt worden[7]), sind als cautio † indiscreta gültig, indem die Form derselben den Mangel einer causa debendi ersetzt. Eine cautio † indiscreta liegt vor, wenn der Aussteller des Schuldscheins nur allgemein bezeugt, dem Titius 100 schuldig zu sein, ohne eine causa debendi anzugeben, aus der sonst geklagt werden könnte, und ohne zu erklären, dass durch diese Urkunde ein obligatorisches Versprechen erst begründet oder anerkannt werden sollte. Aus einer solchen cautio, quae indiscrete loquitur (cautio † indiscreta) kann weder auf eine bestimmte causa debendi, z. B. Kauf, Darlehen, noch auch auf einen abstracten Formel-Vertrag, der selbst die Absicht, eine obligatio zu begründen, genügend ausdrückt, geschlossen werden[8]). Die cautio † indiscreta ist kein genügendes Beweismittel. Etwas Anderes ist es aber, wenn der Aussteller des Schuldscheins bezeugt, er habe dem Titius 100 versprochen. Denn dieses ist keine cautio indiscreta, sondern hier wird die causa der Schuld, das abstracte Versprechen, das den Klagegrund abgeben kann, durch diesen Schuldschein ebenso genügend bewiesen, wie etwa durch Zeugen, die beim Abschluss des Vertrages gegenwärtig waren[9]).

III) Die Realcontracte[1]).

§. 197. 1) Die mutui (s. mutuo) datio (Darlehen)[1a]).

I. *Res credita* im weiteren Sinne umfasst Alles, was in irgend einer Weise, sei es durch Darlehen, sei es durch Stipulation oder sonst wie dem Vermögen des Schuldners, der es später zurückleisten soll, anvertraut wird, einerlei ob der Gegenstand eine res fungibilis oder non fungibilis ist[2]). *Res credita* im engeren Sinne oder *mutuum* ist der (ursprünglich in der Form des nexum[3]) abgeschlossene) Realcontract, welcher durch die reelle Uebertragung einer Quantität fun-

7) Deutsches Handels-Gesetzbuch Art. 301. — 8) Arg. l. 25. §. 4. de probat. XX. 3; c. 14. x. de fide instr. II. 22. — 9) Vgl. Vangerow Bd. III. §. 600. S. 247 der 7. Aufl.

1) S. o. §. 188. nr. IV. S. 451.

§. 197. 1a) Gai. III. 90.; Ulp. Inst. fragm. §. 3.; pr. Inst. quibus modis re contrahitur obligatio III. 14; Paul. S. R. II. 1.; Greg. Cod. III. 6.; Dig. XII. 1; Cod. IV. 1. de rebus creditis; IV. 2. si certum petatur; Heimbach, Die Lehre vom creditum nach den in Deutschland geltenden Rechten. Leipzig 1849; J. Liégois, Du prêt à intérêt. Nancy 1863; Danz, Röm. Rechtsgesch. Bd. 2. §. 152.

2) L. 1. 2. D. h. t. XII. 1. — 3) S. o. §. 49. nr. IV.

gibler Sachen in das Eigenthum des Empfängers begründet wird (mutuum = meum tuum fit)[4]) und den Empfänger verpflichtet, zu bestimmter oder zu bestimmender Zeit Sachen derselben Qualität und Quantität zurückzugeben. Auch casueller Untergang der dargeliehenen Fungibilien befreit den Empfänger nicht von der Verpflichtung der Rückgabe. Gegen ihn hat der Darleiher desshalb eine actio stricti iuris, die *condictio certi ex mutuo*, welche streng einseitig nur auf Rückleistung des Geleisteten gerichtet ist. Die Verpflichtung zur Zinszahlung ist an sich in dem Contracte nicht enthalten, sondern muss für sich besonders begründet werden, was bei den Römern ursprünglich durch die dem nexum beigefügte lex mancipii[5]), später durch Stipulation geschah, woraus dann eine besondere actio ex stipulatu hervorging. Heutzutage begründet auch ein formloser Nebenvertrag[6]) die Zinsenverbindlichkeit, und geht die Klage aus dem mutuum nicht bloss auf das Capital, sondern auch auf die Zinsen, auch auf Verzugszinsen[7]), so dass die Doctrin und Praxis daraus folgerten, diese Klage sei nun eine actio bonae fidei (und es seien demgemäss auch die dem mutuum nachgebildeten condictiones datorum, also alle Klagen h. z. T. bonae fidei)[8]).

II. Als Darlehensvertrag gilt auch der sog. contractus † mohatrae, d. h. wenn man an Jemanden Sachen hingibt, damit er sie verkaufe und den Erlös als Darlehen behalte[9]). Wenn jedoch in diesem Falle die Sache von dem Empfänger nicht verkauft wird, so hat der Geber nur eine actio praescriptis verbis auf Rückgabe[10]). Es wurde aber eine pecunia credita auch dann angenommen, wenn ein Gläubiger mit seinem Schuldner die Uebereinkunft traf, dass dieser das geschuldete Geld als Darlehen haben solle[11]). Ferner[12]) gilt es als Darlehen, wenn in Folge Auftrags des Gläubigers der Schuldner die Zahlung an einen Dritten als künftigen Darlehensschuldner macht. Nur muss der Empfänger der pecunia credita hierbei wissen, von wem er eigentlich das Geld erhält; denn wenn derselbe glaubt, nicht unser Schuldner, sondern der Schuldner eines Anderen mache ihm die Zahlung, so ist kein Darlehensvertrag zwischen uns und dem Empfänger der Fungibilien geschlossen, und wir haben[13]) nicht die condictio mutui, sondern die condictio sine

4) L. 2. §. 2. de reb. cred. XII. 1.; cf. pr. Inst. quib. mod. re oblig. III. 14. — 5) S. o. §. 49. S. 114 f. — 6) S u. §. 213. nr. III. 2. — 7) Reichs-Deput. Abschied. von 1600. §. 139. — 8) Vgl. o. §. 114. II. 13. S. 229. — 9) Ulp. l. 11. pr. h. t. XII. 1. — 10) L. 19. pr. de praescr. verb. XIX. 5. — 11) Ulp. l. 15. h. t. In den beiden letztgenannten Fällen hatte Africanus l. 34. pr. mandat. XVII. 1. noch nicht die condictio *mutui* zugestehen wollen. — 12) Wie auch schon African. l. c. mit Ulp. l. 15. cit. anerkannte. — 13) Nach Iuventius Celsus l. 32. h. t.

causa[14]) zur Rückforderung des von unserem Schuldner Ausbezahlten. Endlich wenn Jemand im Namen eines Dritten ein Darlehen gibt, so kann dieser unmittelbar die condictio mutui anstellen, einerlei, ob ein Mandatar oder ein negotiorum gestor des Dritten das Geld auszahlte[15]). Bei Stadtgemeinden (und damit wohl überhaupt bei juristischen Personen) wollte dagegen noch Ulpian[16]) nicht die Möglichkeit des Empfanges eines eigentlichen Darlehens anerkennen. Der Grund war der, weil man anfangs Anstand nahm, für juristische Personen die Möglichkeit des Besitzerwerbes zu fingiren[17]); desshalb konnte auch eine juristische Person nicht das Eigenthum an den hingegebenen Fungibilien erwerben, und haftete sie erst (mit der condictio sine causa)[18]), wenn das Geld zu ihrem Nutzen verwendet war; vorher hafteten nur diejenigen, welche für sie das Geschäft abgeschlossen hatten. Seit man aber allmählich für juristische Personen auch den Besitzerwerb durch Stellvertreter zuliess, musste damit auch das Contrahiren eines wirklichen mutuum für dieselbe möglich sein. Jedoch bestimmte Justinian[18a]) von Neuem, Kirchen und Städte solle man nur dann mit der condictio mutui belangen können, wenn man nachweise, dass das Geld zu ihrem Nutzen verwandt worden, sonst müsse man sich an die Empfänger des Darlehens oder deren Erben halten.

III. Durch ein Claudianisches Edict (v. J. 47. n. Chr.) wurde verordnet, ein Darlehen, welches ein Haussohn in mortem patris aufnehme, solle nichtig sein[19]). Ein *S. C. Macedonianum*[20]) unter Vespasian, welches durch den Vatermord des von einem Wucherer bedrängten Haussohnes Macedo veranlasst wurde, gewährte gegen Klagen aus Darlehensschulden eines Hauskindes dem borgenden Hauskinde (ausser wenn es ein peculium castrense oder quasi castrense hatte, oder der Darleher nicht wusste, dass der Borgende noch in potestate war, sonst aber) auch nachdem das Hauskind sui iuris geworden war (es sei denn, dass es jetzt die Schuld anerkannt hätte) und ebenso seinem mit der actio de peculio belangten pater familias, wenn dieser nicht Auftrag zu dem Darlehen gegeben hatte, sowie auch den Bürgen des Hauskindes, wenn diese nicht

14) S. u. §. 198; in diesem Falle hat man sie oft *condictio † Iuventiana* (s. vorige Note) genannt. — 15) S. o. §. 194. S. 469. — 16) L. 27. h. t. XII. 1. Vgl. übrigens Windscheid, Pand. §. 370. Note 16. und die dort Citt. — 17) S. o. §. 62. S. 138. — 18) S. u. §. 198. — 18a) Nov. 120 c. 6. §. 3. — 19) Tacit. Ann. XI. 13.

20) Tac. Ann. XI. 13; §. 7. Inst. quod cum eo qui in alien. potest. est IV. 7; Greg. Cod. III. 8; Paul. S. R. II. 10; Dig. XIV. 6; Cod. IV. 28. de S. C. Macedoniano; Dietzel, Das S. Ctum Macedonianum. Leipzig 1856.; Seydel, Die gemeinrechtliche Lehre von Macedon. Senatsbeschlusse. Würzburg 1869.; Mandry, Das gemeine Familiengüterrecht. Bd. I. Tübingen 1871. S. 431 ff.

darauf verzichtet hatten, eine *exceptio S. C. Macedoniani* in odium creditoris introducta, d. h. eine Einrede, wodurch die Klage zurückgewiesen wurde, aber so, dass eine naturalis obligatio bestehen blieb und sogar das irrthümlich Gezahlte nicht mehr zurückgefordert werden konnte.

An die Lehre von der mutui datio schliessen die Quellen die Obligation aus gezahlter Nichtschuld, und wir verbinden damit überhaupt die Lehre

§. 198. 1[a]) Von den übrigen condictiones datorum oder quasi mutua[1]).

I. Das in das Vermögen eines Anderen Uebertragene oder gesetzlich so Anzusehende, wie wenn es aus einem fremden Vermögen erworben wäre, kann in einer Reihe von Fällen mit einer *condictio* (*sine causa* im weiteren Sinne)[2]) zurückgefordert werden, wenn es an einem Rechtsgrunde mangelt, dass der Empfänger das Empfangene oder gleichsam aus fremdem Vermögen in seinen Händen Befindliche behalte. Man kann daher alle diese Condictionen auf Rückgabe ungehöriger Bereicherung als quasi ex mutuo auffassen.

II. Die *datio*, d. h. die Hingabe von Sachen in das Eigenthum kann geschehen sein 1. *ob rem*, d. h. ob causam futuram, mit Rücksicht auf eine zukünftige Gegenleistung oder mit Rücksicht auf einen sonstigen in der Zukunft erwarteten Umstand, oder 2. *ob causam (praeteritam)*, d. h. mit Rücksicht auf einen in der Vergangenheit liegenden Umstand. Wenn das Hingegebene nicht in das Eigenthum des Empfängers übergegangen ist, so ist regelmässig keine condictio zulässig, sondern die *vindicatio* anzustellen (nemo rem suam condicer epotest, rem meam vindico), und eine Ausnahme bildet hier nur die *condictio furtiva* des Eigenthümers gegen den Dieb oder Räuber[3]).

III. Wenn aber das Hingegebene in das Eigenthum des Empfängers überging und die *causa praeterita*, wegen welcher es gegeben wurde, nicht existent ist, so kann nur in folgenden Fällen das Hingegebene, soweit es selbst oder als Surrogat noch vorhanden ist, zurückgefordert, oder Ersatz, soweit es durch dolus oder culpa des Empfängers untergegangen ist, gefordert werden:

1. Mit der *condictio indebiti*, wenn ein indebitum irrthümlich gezahlt und irrthümlich in Empfang genommen wurde. Der Kläger muss die Zahlung und durch Eid seinen factischen Irrthum[4]) be-

§. 198. 1) Voigt, Ueber die condictiones ob causam und über causa und titulus im Allgemeinen. Leipzig 1862. — 2) Vgl. über das Wesen der condictio als stricti iuris actio mit einer formula in ius concepta §. 114. nr. II. 14. S. 229 f. — 3) S. u. nr. V. 1.

4) Die gemeine Meinung verlangt mit Recht Entschuldbarkeit des Irrthums, wesshalb Rechtsirrthum nie zur Begründung der condictio indebiti ge-

weisen, welcher letztere aber bei Minderjährigen, Soldaten, Weibern und rustici präsumirt wird[5]). Wusste der Empfänger, dass er nichts zu fordern hatte, so geht gegen ihn die *condictio furtiva* auf vollständige Rückgabe oder vollen Schadenersatz.

2. In gewissen besonderen Fällen, wo das Vermögen Jemandes (nicht durch Widerrechtlichkeit) aus dem Vermögen eines Anderen einen Zuwachs erhielt, kann der Letztere gegen den Ersteren auf Zurückgabe der empfangenen Bereicherung mit einer *condictio sine causa* (im engeren Sinne) klagen. So wenn das Rechtsgeschäft, aus welchem die Hingabe erfolgte, nichtig ist, wie z. B. die Schenkung unter Ehegatten, Zahlung einer Spielschuld[6]), Leistung gegen das S. C. Velleianum[7]), — oder wenn die anfangs vorhandene *causa* für das fernere Behalten der Sache hinterher wegfiel, wie z. B. beim Schuldschein nach der Tilgung der Forderung, bei der arrha nach erfolgter Leistung[8]).

3. Wegen turpitudo des Empfängers hat der Geber, wenn ihn selbst keine turpitudo trifft, die *condictio ob iniustam causam* auf Rückgabe der noch vorhandenen Bereicherung, falls er mit Rücksicht auf eine causa praeterita, z. B. aus einem erzwungenen Versprechen etwas hingab[9]).

IV. Wenn die datio mit Rücksicht auf eine *causa futura (ob rem)* geschah, so kann das noch bei dem Empfänger Vorhandene

1. stets mit einer *condictio causa data, causa non secuta, (ob causam dati, non secuti)* zurückgefordert werden, wenn die causa futura eine honesta war, jedoch nicht zur Existenz gelangte, d. h. wenn die Handlung von der anderen Seite nicht erfolgte, in deren Erwartung man seinerseits die Leistung gemacht hatte, wie z. B. bei den Innominatcontracten[10]), oder wenn die sonstige erwartete causa futura non inhonesta, z. B. die Eheschliessung, mit Rücksicht auf welche eine dos bereits vorher hingegeben wurde, ausbleibt oder bei der donatio sub modo der modus nicht erfüllt wurde, oder

nügt. Hiernach ist die Antinomie in l. 7. u. 8. de iuris et facti ignor. XXII. 6. zu entscheiden. Vgl. auch Arndts §. 341. Anm. 6; Vangerow Bd. III. §. 625. Anm. 1. nr. 2.; Savigny, System III. S. 359. 447 ff.; Wächter's Beilage zu seinen Pand. Vorl. nr. 82. 83.

5) Gai. III. 91; l. 5. §. 3. de O. et A. XLIV. 7. §. 6. 7. Inst. h. t. III. 27.; §. 2. Inst. quib. modis re contrahitur oblig. III. 14; Dig. XII. 6. Cod. IV. 5. de condictione indebiti. — 6) S. o. §. 118. nr. III. S. 293; §. 192. nr. IV. S. 465. — 7) S. o. §. 182. nr. XI. 2. S. 437 f. — 8) Dig. XII 7. Cod. IV. 9. de condict. sine causa. — 9) Dig. XII. 5. de condict. ob turpem vel iniust. causam; Cod. IV. 9. de condict. ex lege et sine causa vel iniust. causam. — 10) S. u. §. 202.; Wächter, Doctrina de cond. causa data causa n. s. in contract. innominatis. Tubingae 1822.

eine Quittung im Voraus ausgestellt wurde, aber keine Zahlung erfolgte u. dgl.[11]).

2. Wenn die causa futura eine turpitudo für den Empfänger und nicht auch zugleich für den Geber enthielt, z. B. wenn Jemand einem Anderen Etwas gab, damit er von einer falschen Anklage abstehe, so kann der Geber, einerlei ob dieses der durch die falsche Anklage *(calumnia)* Bedrohte oder ein Dritter ist, von dem Empfänger die noch vorhandene Bereicherung mit einer *condictio ob turpem causam* zurückfordern[12]). In dem eben genannten Beispiele kann aber der durch die falsche Anklage Bedrohte, wenn er selbst die Hingabe machte, um den Ankläger von der falschen Anklage abzuhalten, statt der condictio auch intra annum eine *actio in factum de calumniatoribus* auf das quadruplum, post annum aber nur noch auf das simplum des Gegebenen anstellen. Hat er aber die condictio ob turpem causam angestellt, so kann er nicht hinterher noch die *actio in factum de calumniatoribus* auf das weitere triplum anstellen. Gab Jemand einem Anderen Etwas, damit er einen chicanösen Prozess beginne, so hat der Geber keine Klage, sondern nur der durch den Prozess bedrohte adversarius kann eine *actio in factum de calumniatoribus* auf das quadruplum des Hingegebenen gegen den Empfänger anstellen[13]).

V. In folgenden Fällen ist eine condictio begründet, so als wenn das zu Fordernde aus dem Vermögen des Klägers in das des Beklagten übergegangen wäre, ohne dass dieses in Wirklichkeit der Fall ist:

1. Der Eigenthümer kann seine Sache cum omni causa oder vollen Schadenersatz und Interesse von dem Diebe oder Räuber mit der *condictio furtiva* verlangen, indem der Letztere zu seinem Nachtheile so behandelt wird, wie wenn er Eigenthümer geworden wäre, was er zwar doloser Weise werden wollte, rechtlich betrachtet jedoch nicht geworden war[14]).

2. Eine *condictio ex lege* kann man gegen denjenigen anstellen, welcher zufolge gesetzlicher Bestimmung zu einer Leistung an uns verbunden ist, wie wenn er aus unserem Vermögen das Betreffende

11) Dig. XII. 4. de condictione causa data, causa non secuta; Cod. IV. 6. de condictione ob caus. dator. — 12) Dig. XII. 5. cit. Cod. V. 7. de condict. ob turp. caus.

13) Dig. III. 6. de calumniatoribus handelt von den genannten Civil-Wirkungen der calumnia; von den strafrechtlichen Folgen handeln Paul. S. R. I. 5. Th. Cod. IX. 39. Cod. Iust. IX. 46. Libr. x. V. 2. cf. ad S. C. Turpilianum: Dig. XLVIII. 16. Cod. IX. 45. — De praevaricatione Dig. XLVII. 15.

14) Gai. II. 79. in fine, IV. 4; §. 14. Inst. de action. IV. 6; Dig. XIII. 1. Cod. IV. 8. de condictione furtiva.

grundlos erworben hätte. So z. B. gegen den Schuldner aus dem Schenkungsversprechen oder aus dem Versprechen einer dos, gegen den wirklichen Erben von Seiten desjenigen, der als bonae fidei possessor der Erbschaft Erbschaftsschulden abbezahlte u. s. w.[15]).

§. 199. 2) Commodatum (Leihvertrag)[1]).

I. *Commodatum* (= commodo datum) ist der Realcontract, bei welchem der Eine, der Commodans oder Commodator, einem Anderen, dem † Commodatarius (der aber nicht der Eigenthümer sein darf) eine unverbrauchbare, bewegliche oder unbewegliche, Sache zu einem ausdrücklich oder stillschweigend bestimmten Gebrauche unentgeltlich überlässt, so dass der Commodatar, nachdem er den Gebrauch gemacht hat, die Sache wieder in specie zurückgeben muss.

II. Das *precarium*[2]) unterscheidet sich vom *commodatum* dadurch, dass der *precario accipiens* die Sache zu einem unbestimmten jeder Zeit widerruflichen Gebrauche erhält, so dass er auf Verlangen auch vor gemachtem Gebrauche die Sache wieder zurückgeben muss. Der Commodans haftet regelmässig wie der precario dans nur für dolus und culpa lata, jedoch dann, wenn der Commodans allein einen Vortheil aus dem Commodatum hat, z. B. indem ihm das zum Reiten hingeliehene Pferd dadurch zugeritten wird, so haftet er für omnis culpa. Der Commodatar dagegen haftet für omnis culpa, wenn er allein den Vortheil aus dem commodatum hat. Haben Commodans und Commodatar gemeinsam einen Vortheil, so haften beide für diligentia quam in suis rebus. Hat der Commodans allein den Vortheil, so haftet der Commodatar nur für dolus und culpa lata. Der precario accipiens haftet aber immer nur für dolus und culpa lata. Der Commodatar erhält nur gewöhnliche Detention, der precario accipiens abgeleiteten juristischen Besitz. Der Commodans hat gegen den Commodatar auf Rückgabe der Sache und Ersatz culposer Beschädigungen die *actio* (bonae fidei) *commodati directa;* wegen zufälliger Gegenverpflichtungen des Commodans aus dem commodatum, z. B. wegen etwaiger aussergewöhnlicher Impensen und Schadenersatz kann der Commodatar das Retentionsrecht ausüben, oder die *actio* (bonae fidei) *com-*

15) Dig. XIII. 2. Cod. IV. 9. de condict. ex lege; §. 25. Inst. de actionibus IV. 6; Keller, Pand. §. 305.

§. 199. 1) Gai. IV. 47. 153; §. 2. Inst. quib. mod. re contr. III. 14; Paul. S. R. II. 4.; Dig. XIII. 6. commodati vel contra; Cod. IV. 23. de commodato; Schmidt, Das commodatum und precarium. Eine Revision der Grundlehren beider. Leipzig 1841.; Bulling, Das precarium. Leipzig 1846.

2) S. o. §. 136. nr. IV. S. 290.

modati contraria anstellen. Gegen den *Precaristen* geht auf Rückgabe der Sache das *interdictum de precario* [3]).

§. 200. 3) Depositum (Hinterlegungsvertrag) [1]).

I. Dieser auch commendatum genannte Realcontract besteht in der Uebergabe einer beweglichen Sache, damit der Depositarius (= is apud quem deponitur) dieselbe dem Deponens unentgeltlich verwahre, und in jedem Augenblick, sobald der Deponent es verlangt, diesem in specie zurückgebe [2]). Unter keinem Vorwande hat der Depositar die Recht der Retention. Ein Nebenvertrag, das depositum vor bestimmter Zeit nicht zurückzufordern, wäre nichtig. Auch die Compensation kann nicht gegen die Rückforderung des depositum vorgeschützt werden [3]). Der Depositar haftet nur für dolus und culpa lata. Er muss sich jeden Gebrauches der Sache enthalten, sonst macht er sich nach röm. Recht eines furtum usus schuldig und haftet er dann sogar für levis culpa, ja auch für casus. Im Falle der Veruntreuung trifft ihn infamia mediata [4]). Nach den XII Tafeln ging die Klage des Deponenten (Fiducianten) [5]), die *actio depositi directa*, auf Rückgabe der Sache stets in duplum, nach dem Edicte ist letzteres nur noch der Fall gegen den das sog. *depositum † miserabile* (d. h. tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa depositum) Abläugnenden. Der Deponens haftet für omnis culpa, und gegen ihn hat der Depositar die *actio depositi contraria* auf Ersatz nothwendiger Impensen und auf etwaigen Schadenersatz.

II. Eine besondere Art depositum ist das einer res litigiosa für die Dauer des Prozesses, die *Sequestration* [6]). Auch kann die Hinterlegung in Verbindung mit anderen Verträgen, namentlich die von Fungibilien in Verbindung mit einer eventuellen Eigenthumsübertragung durch mutui datio (sog. *depositum † irregulare*) vorkommen, z. B. Verwahrung von unverschlossenem Geld [7]).

3) S. o. §. 150. nr. IX. 3.

§. 200. 1) Ulp. Inst. fragm. §. 4; §. 3. Inst. quib. mod. re contr. III. 19; Paul. R. S. II. 12. u. IV.; Hermog. Cod. XIII.; Coll. X. 2—8.; Gai. IV. 47; Dig. XVI. 3. Cod. IV. 34. Depositi vel contra; C. C. A. J. v. d. Straten, De deposito. Lugd. Bat. 1833; J. E. B. Z. Maritz, De contractu depositi et sequestrationis. Dordr. 1839; J. H. Spiering, De deposito. Schoonh. 1840; Muther, Sequestration und Arrest im röm. Recht. Leipzig 1856.

2) Vgl. l. 1. pr. Dig. h. t. XVI. 3. — 3) Ueber die älteste Gestalt des depositum vgl. o. §. 146. nr. III. 2. S. 324; §. 163. nr. II. S. 387. — 4) S. o. §. 52. nr. II.; §. 163. — 5) S. o. §. 163. S. 386 f. — 6) S. o. §. 102. nr. V. S. 203; §. 136. nr. IV. S. 290. — 7) Pap. l. 24. D. h. t. XVI. 3; Vgl. Vangerow III. §. 630.

§. 201. 4) Pignus (Faustpfandvertrag)[1].

Dieses ist der Realcontract, welcher in der Uebertragung des abgeleiteten juristischen Besitzes einer Sache an den creditor (pignoraticius) besteht zur Sicherung seiner Forderung und unter Verpflichtung desselben zur Rückgabe der Sache, wenn die Forderung, ohne dass zu dem Zwecke eine Veräusserung des Pfandobjects nöthig war, getilgt ist. Der Verpfänder hat dann auf Rückgabe der Sache als actio bonae fidei die *directa*, der Faustpfandgläubiger die *contraria pignoraticia actio in personam* auf Erfüllung des Contracts und wegen etwaiger Gegenansprüche. Jeder Theil haftet dem anderen für omnis culpa[2]).

§. 202. IV. Die unbenannten Contracte[1]).

I. Diese hatten anfangs nur einen subsidiären Charakter, indem man, falls keine andere Klage begründet war, jeden erlaubten Vertrag, sobald der Kläger sich dabei auf seine schon geschehene Leistung berufen konnte, durch eine actio civilis in factum *praescriptis verbis* geltend machen konnte[2]). Besonders häufig wandte man in dieser Weise die actio praescr. verbis dann an, wenn bei einem Rechtsgeschäfte eines der Merkmale zu dem Begriffe eines der ordentlichen oder benannten Contracte fehlte oder zweifelhaft schien[3]). Die unbenannten haben mit den Realcontracten die vorhergehende Leistung gemeinschaftlich. Aber sie sind doch von diesen verschieden. Denn bei den Innominatcontracten besteht die Gegenleistung nicht wie bei den Realcontracten in einer Zurückleistung des Empfangenen, sondern in einem anderen dare oder facere. Auch ist der Inhalt der Leistungen für das Wesen dieser Contracte ganz gleichgültig. Einzeln lassen sich die sogenannten Innominatcontracte daher nicht aufzählen. Paulus[4]) ordnet sie nach dem Verhältniss zwischen Leistung und Gegenleistung in folgende vier Kategorien: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*, wobei aber nicht ganz klar ist, wesshalb er unter Berufung auf Julian, aber im Widerspruch mit anderen Juristen, mit Ulpian, Gaius u. s. w.[5]) für die Kategorie *facio ut des* die actio praescriptis verbis ausschliesst und

§. 201. 1) §. 4. Inst. quib. mod. re contr. obl. III. 14; Paul. S. R. II. 5. und 4; Hermog. Cod. 15; Dig. XIII. 7; Cod. IV. 24. de pignoraticia actione. — 2) Vgl. o. §. 164. S. 387 f.

§. 202. 1) Dig. XIX. 5. de praescriptis verbis; Cod. IV. 64. de rerum permutat. et praescriptis verbis. — 2) L. 5. §§. 2. 4. Dig. h. t. XIX. 5. — 3) L. 1—4. h. t. XIX. 5; l. 7. §. 1. 2. de pactis II. 14. — 4) L. 5. h. t. XIX. 5. — 5) L. 15. 22. h. t. XIX. 5; l. 3. §. 4. de condictione causa data XII. 4.

statt deren die actio de dolo auf Erfüllung des Vertrages gewähren will.

II. Aus den Innominatcontracten ging aber nicht bloss, wie aus den benannten Realcontracten, eine Klage auf die Gegenleistung, die actio praescriptis verbis hervor, welche neben der Hauptleistung auch auf die Nebenpunkte, Früchte und omnis causa, Nachwährschaft u. s. w. geht[6]), sondern der Leistende hatte electiv eine condictio causa data causa non secuta auf Rückgabe des von seiner Seite Gegebenen, so lange der andere Theil die Gegenleistung noch nicht gemacht hatte, und zwar ohne Unterschied, ob der Empfänger seine Gegenleistung verweigerte, und ob dieselbe schon fällig war oder nicht[7]). Jedoch galt die unverschuldete Unmöglichkeit der Gegenleistung wie bei benannten Contracten für Erfüllung, so dass in diesem Falle die Rückforderung der Leistung ausgeschlossen war. Auch musste der Leistende den Empfänger im Falle der Rückforderung entschädigen, falls der Empfänger für seine Gegenleistung schon Anstalten getroffen und Auslagen gehabt hatte[8]). Jenes ius poenitendi ist aber im heutigen Rechte ganz weggefallen, weil schon durch die formlose Willenseinigung die beiderseitige Verpflichtung zum Vollzug des Innominatcontractes begründet ist, und daher aus den Innominatcontracten jetzt gewöhnliche Consensualcontracte geworden sind.

III. In der heutigen Rechtssprache haben einige Innominatcontracte eigene Namen erhalten, die in den Quellen jedoch noch nicht vorkommen. So 1. der Tauschvertrag (die Quellen bezeichnen mit permutatio nicht das Contractsverhältniss aus dem Tausche, sondern den Act des Austauschens selbst)[9]). Es ist dieses der Vertrag, welcher darauf geht, dass der Eine dem Andern eine Sache zum Eigenthum übertrage, um dagegen von dem Anderen eine andere Sache, die aber nicht Geld als solches sein darf, zu Eigenthum zu empfangen. Aus der Lehre vom Kaufvertrag[10]) wendet man hier analog die Regeln über Entwehrung und über Gewähr der Mängel, sowie über Aufhebung des Vertrags wegen laesio ultra dimidium an. Da der Tauschvertrag h. z. T. ein gewöhnlicher Consensualcontract ist, so muss jetzt, wenn der Consens einmal ausgetauscht ist, der eine Theil seine Leistung machen, selbst wenn die Gegenleistung nun durch casus unmöglich geworden ist.

6) L. 7. §. 2. de pactis II. 14; l. 5. §. 2. h. t. XIX. 2. — 7) L. 3. §. 2. 3.; l. 5. pr. §. 1. 2. de condictione causa data XII. 4; l. 7. de praescriptis verbis XIX. 5; l. 10. Cod. de condict. ob causam IV. 6; l. 1. l. 4. Cod. de rerum permutat. IV. 64. — 8) Cf. d. d. l. 1.; l. 65. §. 4; l. 66. de condict. indebiti XII. 6. — 9) Dig. XIX. 4. Cod. IV. 64. de rer. permutatione. — 10) S. u. §. 203.

2. Der Trödelvertrag, heutzutage *contractus* † *aestimatorius* genannt, geht auf die Uebergabe einer Sache an einen Anderen, damit dieser nach bestimmter Zeit entweder einen bestimmten Preis, oder die Sache selbst zurückbringe. Bot sich der Trödler an, so haftet er für omnis culpa, sonst bloss für dolus und culpa lata. Die aus dem Trödelvertrag entspringende Klage heisst praescriptis verbis actio *aestimatoria* oder *de aestimato*. Durch die Hingabe der Sache an den Trödler geht auf diesen das Eigenthum davon nicht über, sondern wir verlieren dieses erst durch Erlangung des pretium[11]. 3) Ein eigenthümlicher Innominatcontract des nachconstantinischen Rechtes bestand darin, dass ein Magistrat in Folge Versprechens eine bestimmte Sache oder Summe Geldes erhalten sollte, wenn er sich beim Kaiser für ein Gesuch mit Erfolg verwandt habe. Die dem Gesuche selbst günstige Verwendung hiess *suffragium*. Der Contract selbst hatte keinen eigenen Namen[12]. Justinian[13] und Tiberius[14] verboten den Magistraten, für ein suffragium sich etwas geben zu lassen.

V. Die römischen Consensual-Contracte im Einzelnen.

§. 203. 1) Emtio-venditio (Kaufvertrag)[1].

I. *Emtio-venditio* ist der wesentlich zweiseitige Consensualcontract, wodurch der Eine, der emtor, sich dem Anderen, dem venditor, verpflichtet zur Leistung eines *pretium certum* (d. h. einer bestimmten oder durch ein arbitrium boni viri zu bestimmenden Summe Geldes), *verum* (d. h. es darf kein Scheinverkauf sein), und *iustum* (jedoch nur insofern, dass auf keiner Seite eine laesio enormis ultra dimidium stattfindet), und der Andere, der venditor, sich dagegen verpflichtet, dem emtor eine Sache (wenn auch nicht gerade zu Eigenthum, aber doch jedenfalls wenigstens) so zu tradi-

11) Dig. XIX. 3. de aestimatoria; §. 28. Inst. de action. IV. 6. — 12) Theod. Arc. Hon. l. un. Cod. de suffragio IV. 3.; Theod. Cod. II. 29. — 13) Nov. 8. — 14) Nov. 161. c. 2.

§. 203. 1) Gai. III. 139—141; Paul. S. R. II. 17; Vat. Fragm. 1—40; Th. Cod. III. 1; Inst. de emtione et venditione III. 23. (24.); Dig. XVIII. XIX. 1. XXI. Cod. IV. 38 sqq.; Bruns, Fontes iur. Rom. ant. ed. II. pag. 137. 138; Treitschke, Der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel. 2. Aufl. von Wengler. Gera 1865.; Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österr. und gem. Recht. Wien 1867; Nissen, Die kaufrechtliche Tradition. Leipzig. 1869; Hofmann, Beiträge zur Geschichte des griech. und röm. Rechts. Wien 1870. S. 43—112; Endemann, Die Entwickelung des Kaufgeschäfts. (In dessen oben zu §. 184. Note 1. cit. Werke nr. 3.)

ren, dass sie jenem nicht wieder rechtlich abgestritten (evincirt) werden kann *(tradere, ut rem emtori habere liceat)* [2].

II. Unpraktisch sind die beiden römisch-rechtlichen Beschränkungen, dass Provincialbeamte von ihren Untergebenen nur die nöthigen Lebensmittel kaufen durften [3], und dass Soldaten in der Provinz, in welcher sie dienten, keine Grundstücke kaufen konnten [4].

III. Gegenstand des Kaufes können alle dem Verkehre nicht entzogenen Sachen sein [5], körperliche und unkörperliche, unbewegliche wie bewegliche Sachen [6], auch Geld [7], gegenwärtige und zukünftige [8], erst anzufertigende [9] und nicht bloss eigene, sondern auch fremde [10] Sachen. Es kann auch ein Vermögen verkauft werden [11], und auch sogar der blosse Besitz [12].

2) Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums nach röm. und gem. deutschen Rechte. Halle 1874. — 3) L. 6. §. ult. de officio proconsulis et legati I. 16; l. unica Cod. de contr. iud. I. 53. — 4) L. 62. pr. h. t. de contrahenda emtione XVIII. 1.

5) Paul. l. 34. §. 1. eod: „Omnium rerum, quae quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit. Quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est." Vgl. o. §. 94. nr. VII. S. 191; §. 192. Note. 5. S. 464.

6) Die bewegliche Sache heisst als Gegenstand des Kaufes *merx*. l. 66. de V. S. L. 16.

7) Denn, wie Windscheid §. 385. Note 3. richtig bemerkt, Geld kommt im Verkehr nicht bloss als Werthmesser (s. o. §. 70. nr. II. S. 147), sondern auch als Waare in Betracht. Vgl. auch Heyer, Ztschr. f. Civilr. und Proc. h. t. XV. S. 42 ff; Vangerow, III. §. 632. Anm. 1. S. 425 der 7. Auflage. Anderer Meinung ist Anthes in der Ztschr. f. Civilr. und Proc. XVIII. S. 216 ff.

8) Beim Verkauf zukünftiger Sachen ist die sog. *emtio* † *rei speratae* (l. 8. pr. h. t. XVIII. 1.) und die *emtio spei* oder *aleae* (l. 8. §. 1. eod.; l. 10. §. 18.; l. 12. de actione emti venditi. XIX. 1; l. 7. de her. vel. act. vend. XVIII. 4; l. 73. §. 1. ad leg. Falc. XXXV. 2.) zu unterscheiden. Bei dem ersteren soll kein Kauf zu Stande kommen, wenn die verkaufte Sache nicht zur Existenz gelangt, liegt also ein für beide Theile bedingtes Geschäft vor. Vgl. auch l. 11. 12. de her. v. act. vend. XVIII. 4.; Vangerow a. a. O. Im letzteren Falle soll auf jeden Fall der Kaufvertrag bestehen.

9) Vgl. u. §. 204. nr. III.

10) Ulp. l. 28. h. t. XVIII. 1.: „Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est; nam emtio est et venditio; sed res emtori auferri potest." Ungültig ist aber der Verkauf der dem Käufer selbst schon gehörenden Sache, weil hier dem Verkäufer die Leistung unmöglich ist. Vgl. o. §. 192. S. 464; l. 16. pr. l. 18. pr. h. t. XVIII. 1; l. 4. 10. Cod. eod. IV. 38; l. 45. pr. de R. I. L. 17. M. s. auch unten Note 12.

11) Vgl. u. §. 269. nr. XIV.; Windscheid §. 397. a. E.

12) Vgl. o. §. 136. nr. III. 2. S. 289. Auch der Besitz einer im Eigenthum des Käufers stehenden Sache kann verkauft werden. L. 34. §. 4. h. t. XVIII. 1,

Früchte auf dem Halme und Wein an den Stöcken soll man aber nach der Reichs-Polizeiordnung von 1577 [13]) vom armen Manne nur nach dem Marktpreis zur Zeit des Kaufes oder nach dem Preise, den die Früchte oder der Wein 14 Tage nach der Ernte haben, kaufen können.

Handlungen bilden keinen Gegenstand des Kaufes (operae non venduntur, sed locantur) [14]).

Wesentlich ist es beim Kaufe, dass die Gegenleistung des Käufers in Geld bestehe [15]). Jedoch hört das Geschäft nicht auf, ein Kauf zu sein, wenn der Geldleistung eine Leistung anderen Inhalts hinzugefügt wird [16]). Auch sind die Grundsätze vom Kaufvertrag anzuwenden, wenn die Gegenleistung zwar nicht in Geld besteht, aber die Parteien das Geschäft ausdrücklich als Kauf bezeichnen [17]).

IV. 1. Der Kauf ist perfect, sobald der Consens über die Essentialien, d. h. über Waare und Preis ausgetauscht ist, es sei denn, dass der Kauf bedingt ist. Ein bedingter Kauf ist es auch, wenn der Käufer sich noch erst eine Prüfung und Billigung der Waare vorbehielt („Kauf auf Besicht", oder „auf Probe"), oder wenn der Preis nach Maass, Gewicht oder Zahl des Gegenstandes bestimmt ist und desshalb erst das Zumessen, Zuwägen oder Zuzählen vollzogen sein muss [18]).

2. Eine Art von Kauf ist auch die Versteigerung *(auctio, subhastatio, licitatio)*, d. h. wo eine öffentliche Aufforderung an die Kauflustigen ergeht, sich zur bestimmten Zeit an einem bestimmten Orte einzufinden und zu bieten, und wo dann der Meistbietende als Käufer gilt. Es gelten hier an und für sich keine Besonderheiten, nur sollte hier eigentlich der Augenblick des erfolgten Zuschlags die Perfection des Kaufes bewirken, während statt dessen im Rechtsleben angenommen wird, dass derjenige, welcher geboten habe, sein Gebot nicht mehr zurücknehmen könne [19]). In einigen Fällen schreiben kaiserliche Constitutionen eine Versteigerung vor, nämlich: 1. beim pignus in causa iudicati captum und heutzutage bei jeder

13) R. P. O. v. 1577. Tit. 19. §. 3. — 14) Vgl. u. §. 204. nr. II. — 15) §. 2. Inst. h. t.; l. 1. §. 1. h. t. XVII. 1.; l. 6. §. 1. de A. E. V. XIX. 1; l. 7. Cod. de rer. perm. IV. 64. — 16) L. 6. §. 1. 2. l. 21. §. 4. de A. E. V. XIX. 1; l. 79. h. t. XVIII. 1.

17) L. 1. Cod. de rer. perm. IV. 64; vgl. Gai. III. 141. i. f.; Leist in der Ztschr. f. Civilr. und Proc. XVIII. 361—366; Vangerow III. §. 632. S. 426 f. der 7. Aufl.; Thöl, Handelsrecht. Bd. 1. §. 63. Note 2 ff.

18) Vgl. das Hand.-Ges.-Buch Art. 339. Der Kauf „nach Probe," „nach Muster," sowie „zur Probe" ist unbedingt. Art. 340. 341. — 19) Ueber die Controversen in Betreff der Versteigerung vgl. Vangerow, §. 636.; Arndts §. 231. Anm. 4.

Veräusserung des Pfandobjectes durch den Pfandgläubiger[20]; 2. wenn der Fiscus wegen seiner Forderungen Güter verkaufen muss[21]; 3. wenn Grundstücke von Städten, Kirchen oder milden Stiftungen verkauft (oder verpachtet) werden[22]. 4. Nach den heutigen Particularrechten sollen in der Regel auch Sachen von Pupillen versteigert werden.

VI. Der Verkäufer hat die *actio venditi*, der Käufer die *actio emti* zur Geltendmachung seiner Ansprüche[23].

VII. Beide Theile haften einander für omnis culpa. Die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung des Kaufobjects geht schon in dem Momente der Perfection des Kaufes auf den Käufer über[24]. Der Käufer ist verpflichtet, alle impensae necessariae und utiles zu ersetzen, welche der Verkäufer nach Abschluss des Verkaufs gemacht hat[25].

VIII. Kein Theil ist beim Kaufe gesetzlich verpflichtet, von dem anderen seine Leistung zu machen. Wer daher die Leistung des Andern verlangt, muss seinerseits geleistet haben. Klagt ein Theil auf die Leistung des andern, ohne selbst geleistet zu haben, so hat der Beklagte eine Retentionseinrede wegen connexer Gegenforderung; man nennt diese Einrede in diesem Falle † *exceptio nondum adimpleti contractus.*

IX. Ist der Verkäufer dispositionsfähiger Eigenthümer des Kaufobjects, so erwirbt der Käufer das Eigenthum daran, sobald die Tradition erfolgt und der Kaufpreis gezahlt oder creditirt ist.

X. Der Verkäufer muss dem Käufer Eviction (Entwehrung) haften[26], d. h. das volle Interesse (omne id quod interest) prästiren, wenn ein Dritter den letzteren zur Herausgabe der Sache zwingt, weil er bessere Rechte daran hat, als der Verkäufer. Es muss aber der Käufer dem Verkäufer oder den mehreren Verkäufern[27]) Nachricht von dem begonnenen Prozesse geben, damit der Verkäufer ihm mit

20) Vgl. o. §. 173. nr. IV. S. 400 f. — 21) L. 2. Cod. de fide et iure hastae fiscalis X. 3. — 22) L. 3. Cod. de locat. praed. civ. XI. 70; Nov. 120. c. 6. §. 2.

23) Ueber die Frage, seit wann der Kaufvertrag bei den Römern klagbar gewesen, vgl. Bekker, De emptione venditione quae Plauti fabulis fuisse probetur. Berol. 1853. und dagegen Hofmann in den oben zu §. 203. Note 1. cit. Beiträgen S. 51 ff., die Literatur in Note 20.

24) S. o. §. 184. S. 446. — 25) Hofmann, Ueber das periculum beim Kaufe. Wien 1870.; Dittrich, Principia iuris civilis et germanici de periculo rei venditae et traditae. Diss. inaug. Vratislaviae 1874. — 26) Müller, Lehre des röm. Rechts von der Eviction. Th. I. Halle 1851; Bruns in Holtzendorffs Encycl. §.62. S. 396.; Vangerow III. §. 610. — 27) S. o. §. 180. nr. IV. S. 422.

seinen Beweis- und Schutzmitteln zu Hülfe komme. Der Käufer konnte nach röm. Rechte — was jetzt nicht mehr practisch ist — von dem Verkäufer verlangen, dass er ihm auf den Fall der Eviction das Doppelte verspreche (dupli stipulatio), wogegen indessen der letztere nach älterem Rechte bei doloser Ausbeutung dieser Bestimmung sich mit der exceptio annalis Italici contractus schützen konnte[28]).

XI. Wenn das Kaufobject (anfangs galt dies aber nur beim Kauf von Vieh oder Sclaven) die besonders versprochenen Eigenschaften (dicta et promissa) nicht hat, oder wenn es heimliche Mängel hat (für welche beiden Fälle bei den Römern ebenfalls eine

28) Mit dieser räthselhaften exceptio verhält es sich folgendermassen: Beim Verkauf einer res mancipi durch Mancipation und Tradition hatte der Verkäufer zufolge der lex mancipii (s. o. §. 49. nr. IV.) die Verpflichtung, dem Käufer das in dem habere licere garantirte quiritarische Eigenthum der verkauften Sache zu verschaffen, widrigenfalls er, wenn demselben die Sache evincirt wurde, mit der actio auctoritatis bis zum doppelten Kaufpreise belangt werden konnte (Paulus sent. rec. II. 17. §. 3.). Beim Verkauf einer res nec mancipi, oder wenn eine res mancipi bloss tradirt war, suchte der Käufer sich vor Schaden dadurch zu sichern, dass er sich von dem Verkäufer für den Fall der Eviction eine bei res pretiosiores bis zum Doppelten des Kaufpreises und höher gehende Strafe stipuliren liess (poena dupli, tripli, quadrupli; cf. l. 37. pr. §. 1. l. 56. pr. de evict. et dupl. stip. XXI. 2; Varro de re rust. II. 10. §. 5. bei Bruns, Fontes ed. II. pag. 220); es wurde sogar aus der Natur des Consensualvertrages auch ohne ausdrückliche Stipulation eine Schadensersatzklage in duplum oder doch in id quod interest gegeben (cf. Paulus l. c. II. 17. §. 2. Fragm. Vat. §. 8. l. 2. l. 19. pr. l. 37. §. 2. l. 60. Dig. de evict. XXI. 2. l. 31. §. 20. Dig. de aedil. ed. XXI. 1. l. 6. l. 8. l. 25. Cod. de evict. VIII. 45., und über diese sich theilweise widersprechenden Stellen Müller a. a. O. S. 61—77.) Hatte nun im ersteren Falle der Käufer einer beweglichen res mancipi dieselbe bereits ein Jahr hindurch besessen, konnte er sich also im Falle der Eviction durch Berufung auf die bei diesen Sachen zulässige einjährige Ersitzung (vgl. o. §. 146. nr. I. S. 321 f.) schon aus eigenem Recht gegen den Evincenten schützen, so wurde dem Verkäufer, wenn er nun dennoch von dem Käufer doloser Weise wegen der (doch erfolglos gebliebenen) Eviction auf die poena belangt wurde, dagegen die exceptio annalis Italici contractus gegeben. Auf den Fall der Entwährung von Immobilien (mit zweijähriger altciviler Usucapion) scheint sie nicht ausgedehnt und auch in jener Anwendung schon früh antiquirt zu sein, so dass die formelle Aufhebung durch Justinian (Cod. VII. 40. de ann. exc. Ital. contr.) als ein ganz überflüssiger Act erscheint. Das Verdienst, diesen dunklen Punkt zuerst aufgehellt zu haben, gebührt C. Sell in C. und W. Sell's Jahrbb. f. histor. u. dogm. Bearbeitung des röm. R. III. (1846.) S. 31—65.; Derselbe, De exceptionum usu qui legisactionum tempore fuerit. Bonnae 1867. p. 27. Ihm folgen Rudorff zu Puchta, Cursus der Institut. II. §. 240. Note 1.; Walter, Röm. Rg.-Gesch. II. §. 602. der 3. Aufl. Vgl. übrigens oben §. 163. nr. II. S. 387; §. 182. Note 15. S. 432.

jetzt unpraktische dupli stipulatio verlangt werden konnte), so muss der Verkäufer dem Käufer auch dafür haften. Wegen Mangels besonders garantirter Eigenschaften und wegen heimlicher Mängel gewährten die Aedilen noch ausser der actio emti die *actio redhibitoria (Wandlungsklage)* intra sex menses utiles auf Auflösung des Kaufes und die electiv damit concurrirende *actio quanti minoris, aestimatoria (Minderungsklage)* intra annum utilem auf entsprechende Ermässigung des Kaufpreises. Die actio quanti minoris kann wegen verschiedener Mängel auch mehrmals nacheinander, wie diese entdeckt werden, angestellt werden [29]). Nach deutschem Gewohnheitsrecht kann beim Verkauf wegen Hauptmängel [30]) bloss redhibitorisch, wegen kleinerer Fehler bloss aestimatorisch geklagt werden. Wegen nicht abgelieferter Ornamente gab das ädilicische Edict zwei Klagen, eine redhibitorische auf Aufhebung des Kaufes oder eine *actio de ornamentis restituendis* auf Nachlieferung derselben, beide Klagen aber nur während zwei Monaten [31]).

XII. Wenn der Gegenstand des Kaufes nicht im Einzelnen genau bestimmt, sondern ein Inbegriff von Sachen für einen Gesammtpreis gekauft ist *(emtio-venditio per aversionem*, Kauf in Bausch und Bogen), so haftet der Verkäufer bloss für dolus und culpa lata [32]).

XIII. Der Kauf löst sich wieder auf durch mutuus dissensus, und im Falle der laesio enormis sive ultra dimidium, d. h. wenn der Verkäufer einer Immobilie weniger als die Hälfte des wahren pretium erhielt, so kann er nach einer Bestimmung Diocletians und Maximinians, welche die Praxis auf jede Art von Kauf (und auf den Tausch) ausgedehnt hat, den Kauf mit der actio venditi umstossen, es sei denn, dass der Käufer von seiner † facultas alternativa Gebrauch macht, statt den Kauf auflösen zu lassen, lieber das an dem wahren Werthe Fehlende nachzubezahlen. Auch der Käufer erhielt

29) Dig. XXI. 1. de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris; Cod. IV. 58; Vangerow III. §. 609; Knieschke, De aediliciarum actionum doctrina sec. hod. ius Rom. et recent. Germ. legislationes. Diss. inaug. Regiomonti Pr. 1873.

30) Als solche gelten bei Pferden Hartschlägigkeit, Rotz, Starrblindheit und Stetigkeit, bei Rindvieh Darmfäulniss, Drüsenkrankheit, schwere Noth, bei Schafen Drehkrankheit und die Pocken, bei Schweinen die Finnen. Im Uebrigen aber trägt nach deutschem Recht bei beweglicher Habe der Käufer die Gefahr (auch der heimlichen Mängel) sobald er sie besehen und in seine Gewere gebracht hat („Augen für Geld"), falls nur keine dolose Verheimlichung seitens des Käufers vorliegt. Bei Immobilien dagegen gelten die Bestimmungen des römischen Rechts.

31) L. 38. pr. §. 11. h. t. XXI. 1. Vgl. Vangerow III. §. 609. Anm. 2. nr. VI. S. 308 der 7. Aufl. — 32) L. 62. §. 2. de C. E. XVIII. 1; l. 35. §. 5. 6. eod.; l. 4. §. 1. de peric. et comm. rei vend. XVIII. 6; Gruchot in Goldschmid's Ztschr. f. Handelsr. III. S. 479 ff.

ein Anfechtungsrecht mit der actio emti für den Fall, dass er mehr als das Doppelte des Werthes zahlte, wobei dann der Verkäufer die facultas alternativa hat, den Verkauf aufrecht zu halten, indem er den Preis soweit zurückzahlt, dass nur noch das iustum pretium gezahlt ist[33]).

XIV. Beim Kaufvertrag werden häufig Nebenverträge beigefügt, bald verstärkende[34]), bald schwächende, oder den Inhalt selbst modificirende *(pacta adiecta)*[35]).

§. 204. 2) Locatio-conductio (Miethvertrag)[1]).

Locatio-conductio ist der wesentlich zweiseitige Consensualcontract, durch welchen der Eine dem Anderen gegen Leistung einer bestimmten Summe Geldes (merces, locarium, pensio), die wie beim Kauf vera, certa und iusta sein muss, — entweder

1. den Gebrauch (Miethe) einer nicht fungiblen beweglichen oder einer unbeweglichen Sache, oder die Fruchtziehung von einem Grundstücke (Pacht) zu überlassen *(locatio-conductio rerum* = Sach-Miethe und Pacht), oder

2. in Geld schätzbare Dienste zu leisten *(locatio-conductio operarum)*, oder

3. ein Werk anzufertigen, eine Sache zu verarbeiten oder zu transportiren *(locatio-conductio operis)* verspricht.

Beide Theile haften für omnis culpa. Die Klage des Miethers *(conductor)* ist die *actio conducti*, die des Vermiethers *(locator)* die *actio locati*. Im Zweifel, ob ein Geschäft Kauf oder Miethe sei, entscheidet der aus den Thatsachen sich ergebende Wille der Parteien[2]).

I. 1. Was die Subjecte der *Sachmiethe* betrifft, so dürfen Vormünder, bei Strafe des falsum, wenn sie es verschweigen, vor abgelegten Rechnung keine fiskalischen oder Dominial-Grundstücke pachten[3]).

33) S. o §. 179. nr. I. S. 413.; l. 2. 8. Cod. de rescindenda vendit. IV. 44. Nach preuss. Recht begründet umgekehrt nur zu Gunsten des Käufers die laesio enormis die Vermuthung eines den Vertrag entkräftenden Irrthums: §. 59. A. L. R. I. 11. — Handelsgeschäfte können wegen übermässiger Verletzung überhaupt nicht angefochten werden. D. H. Ges.-B. Art. 280. Vgl. jedoch Art. 743. u. 797.

34) S. o. §. 193. S. 466. — 35) S. u. §. 218.

§. 204. 1) Gai. III. 142—147; Ulp. Inst. fragm. §. 2.; Paul. S. R. II. 18.; Inst. de locatione et conductione III. 24; Dig. XIX. 2; Cod. IV. 65.; cf. XI. 70—72; Nov. 120.; Bruns, Fontes ed. II. pag. 138—140; Degenkolb, Platzrecht und Miethe. Berl. 1867; Dankwardt, Die locatio-conductio operis. Jena 1874. (Aus Ihering's Jahrbb. XIII. S. 299—380.)

2) Gai. III. 145—147; §§. 3. 4. Inst. h. t. — 3) L. 49. D. h. t.; l. 1. §. 9. de lege comm. XLVIII. 10; l. un. C. ne tutor vel curat. V. 41.

Unpraktisch ist es aber, dass nach röm. öffentlichen Rechte Curialen jede conductio alienarum rerum verboten war[4]), Soldaten das Miethen von Häusern oder Grundstücken[5]), den Verwaltungsbeamten für das Vermögen des Princeps (palatini in officio rei privatae) die Pachtung fiscalischer Grundstücke[6]), Geistlichen öffentliche Einkünfte (was jedoch auch das kirchliche Recht verbot) und andere Grundstücke als die ihrer Kirche zu pachten verboten war[7]).

2. Gegenstand der locatio-conductio rerum können alle körperlichen wie unkörperlichen Sachen bilden, nur nicht res, quae usu consumuntur vel minuuntur.

3. Bei der locatio-conductio rerum muss der Vermiether oder Verpächter (locator) dem Miether oder Pächter (conductor, bei praedia rustica häufig *colonus*, bei praedia urbana *inquilinus* genannt) das Miethobject zur rechten Zeit in gehörigem Zustande übergeben und auch darin erhalten. Wenn der locator die Schuld trägt, dass der bedungene Gebrauch nicht möglich ist, so muss er dem conductor das omne id quod interest ersetzen; beim casus braucht der Vermiether jedoch nicht den Schaden zu ersetzen, sondern verliert er nur seinen Anspruch auf das Miethgeld (so z. B. wenn das Haus abbrennt). Wegen heimlicher Mängel kann der Miether nur mit der Contractsklage, nicht mit den ädilicischen Rechtsmitteln[8]) klagen.

4. Der Miether darf die Sache nur ordnungsmässig gebrauchen, sonst machte er bei den Römern sich eines furtum usus schuldig und haftet er dann sogar für casus. Nach beendigter Miethszeit muss der Miether die Sache restituiren, wogegen ihm sogar die exceptio dominii nicht hilft, es sei denn, dass das Vorhandensein der Miethe ganz geläugnet wird, weil der angebliche Miether schon zur Zeit der Vermiethung Eigenthümer gewesen sei[9]). Lässt der Miether es zur Verurtheilung auf Rückgabe der Sache kommen, so muss er ausser der Sache auch noch das alterum tantum derselben geben[10]). Das Miethgeld braucht der Miether erst nach Beendigung des Gebrauchs zu zahlen, falls nicht andere Termine vereinbart oder ortsüblich sind. Jedoch bei der Pacht kann die Pachtssumme (pensio) auch in Erträgnissen, sei es absolut oder in einem Bruchtheil derselben, bestehen (letztenfalls heisst der Pächter colonus partiarius, und es besteht dann eine Art Societätsverhältniss)[11]). Wenn die vom Pächter gezogenen Früchte durch casus,

4) L. 30. Cod. h. t. — 5) L. 31. 35. Cod. h. t. — 6) L. un. C. quib. ad cond. XI. 72. — 7) Nov. 123. c. 1. — 8) S. o. §. 203. nr. XI. — 9) L. 25. Cod. h. t. — 10) Zeno l. 32. [34.] Cod. h. t. cf. l. 10. Cod. Unde vi VIII. 4. — 11) Vgl. u. §. 205.

z. B. Hagel, Sturm, Blitz u. dgl. vor der Perception untergehen, so kann er desshalb eine entsprechende *remissio mercedis* (falls die merces nicht in einer Quote von Früchten besteht) verlangen; jedoch wenn die Pacht sich auf mehrere Jahre erstreckt, muss er den Ausfall mit dem etwa besonders reichlichen Fruchtertrag anderer Jahre ausgleichen. Wenn der Pächter durch Nebenvertrag alle Unglücksfälle übernimmt, so gilt dieses im Zweifel nur als Verzicht auf jenes Recht des Nachlasses.

Die Verpachtung eines Gutes mit allen dazu gehörigen Gerechtigkeiten heisst im mittelalterlichen Schullatein *admodiatio*.

5. Wenn bei der Miethe Sachen zu einem bestimmten Preise übernommen werden, z. B. das Inventar eines Pachtgutes, so trägt der Uebernehmer derselben wie ein Käufer die Gefahr derselben (sog. *locatio conductio rerum † irregularis*)[12]).

6. Ein ähnlicher Fall ist es, wenn eine bestimmte Stückzahl Vieh, sei es für sich allein oder als Nebensache eines Pachtgutes, dergestalt übernommen wird, dass eine gleiche Quantität und Qualität von Vieh oder auch ein bestimmter Preis für jedes Stück zurückgegeben werden soll (Viehverstellung). Dabei kann auch eine societas ausgemacht sein, so dass das Vieh dem Einsteller (d. h. dem, der das Vieh bei sich einstellt, pflegt und füttert und dafür Gebrauch, Milch und Dünger hat) und dem anderen Contrahenten, dem Viehversteller gemeinsam (halbtheilig) gemacht und der Nachwuchs und die Wolle dann unter beiden getheilt wird. Es kann aber auch ausgemacht sein, dass das Vieh lediglich dem Versteller gehören soll. Es gehört dann auch die Wolle dem Versteller, während der Nachwuchs getheilt wird, und Gebrauch, Milch und Dünger dem Einsteller gehört. Dieser sog. Eisern-Viehcontrakt oder *contractus † socidae*, war schon bei den Römern nicht ganz unbekannt[13]).

7. Zu der locatio-conductio rerum gehört auch die Vermiethung der Ausübung eines Rechts, und diejenigen, welche ein solches vom Staate mietheten, hiessen *publicani*[14]).

8. Eine Aftervermiethung der gemietheten Sache an einen Dritten ist zulässig, wenn sie nicht durch Nebenvertrag verboten wurde; aber der Aftermiether steht nur mit seinem Vermiether, nicht auch mit dem ersten Vermiether in einem Obligationsnexus. Der Aftervermiether haftet für omnis culpa bei Auswahl des Aftermiethers.

12) L. 3. 54. h. t.; Gai. III. 146; l. 5. §. 3. comm. XIII. 6; l. 1. §. 1. de aestim. XIX. 2. — 13) Vgl. l. 9. [8.] Cod. de pact. II. 3. — 14) L. 1. §. 1.; l. 12. §. 3.; l. 13. de publicanis XXXIX. 4.; l. 16. de V. S. s. o. §. 62 S. 141 und §. 141. II. 7. S. 315. §. 146 S. 324.

9. Die Sachmiethe endigt durch Veräusserung der Sache nicht, sondern es bleibt darum das Obligationsverhältniss zwischen dem Vermiether und Miether bestehen, nur tritt der Käufer oder sonstige Erwerber der Sache auf Grund einer Singularsuccession nicht in das Obligationsverhältniss des Vermiethers ein (und insofern nur heisst es: „Kauf bricht Miethe")[15].

10. Die Sachmiethe endigt durch Untergang der Sache, Zeitablauf, durch mutuus dissensus; durch einseitige Kündigung, wenn keine Zeit festgesetzt ist, und sonst nur in einzelnen Fällen, nämlich von Seiten des Miethers, wenn ihm die Sache nicht zur gehörigen Zeit überliefert ist, oder wenn er gegründete Furcht hat vor Zusammensturz des Gebäudes, oder wenn die Sache beträchtliche Mängel hat; von Seiten des Vermiethers, wenn der Miether die Sache missbraucht, oder zwei Jahre den Miethszins nicht zahlt, wegen Nothwendigkeit einer den Gebrauch hindernden Reparatur, wegen dringenden unvorhergesehenen eigenen Bedürfnisses des vermietheten Wohngebäudes, und nach der Praxis gegenüber dem Pächter auch wegen Concurses desselben. Der von einem praedium urbanum abziehende Miether hat auf Gestattung der Wegnahme seiner (nicht etwa noch wegen rückständigen Miethgeldes verpfändeten) Sachen das *interdictum de migrando*[16].

11. Wird die Miethe nach Ablauf der Miethszeit stillschweigend fortgesetzt *(relocatio tacita)*, so gelten beiderseits die bisherigen Vertragsbedingungen, und wenn ein schriftlicher Miethsvertrag auf eine Reihe von Jahren geschlossen war, muss auch von Neuem dieser Zeitraum für die relocatio gelten, während sonst von beiden Theilen jederzeit, resp. unter Einhaltung der ortsüblichen Fristen, gekündigt werden kann; jedoch die *relocatio tacita* eines praedium rusticum gilt immer mindestens auf ein ganzes neues Jahr[17].

II. Die *locatio-conductio operarum*, Dienstmiethe, setzt honestae operae illiberales, locari solitae, d. h. nach einem Marktpreis zu schätzende häusliche oder handwerksmässige Dienste voraus. Die Leistung von operae liberales (eines Arztes, Lehrers, Advocaten, Mäklers, einer Hebamme), auch wenn sie gegen Honorar (honorarium, salarium, nicht merces hier genannt) geschieht, gilt nach röm. Recht immer als eine donatio. Hat dieselbe Person Mehreren ihre Dienste vermiethet, so geht der erste Miether vor. Lässt sich Jemand Dienste, seien es operae liberales oder illiberales, für welche eine Bezahlung gewöhnlich ist, leisten, so schuldet er auch ohne vorherige Zusage eine Vergeltung, welche, wenn es

15) Vgl. Vangerow III. §. 643. Anm. 2. — 16) Dig. XLIII. 12; s. o. §. 164. II. S. 388 f. — 17) Vgl. Vangerow §. 644.

operae liberales sind, mit einer extraordinaria cognitio, wenn es operae illiberales sind, mit einer actio praescriptis verbis eingeklagt werden kann.

III. 1. Die *locatio-conductio operis*, der Verding[18]), geht in einen Kauf über, wenn der Verfertiger des Werkes, der *conductor operis*, den Stoff dazu liefert, erscheint also nur dann als wahre Miethe, wenn der Besteller des Werkes, *locator operis*, den Stoff dazu hergibt. Hat der Uebernehmer des Werkes *(conductor operis)* den Kostenvoranschlag zu gering angenommen, so kann der Besteller, sobald sich dieses ergibt, von dem Vertrage zurücktreten[19]). Der Werkmeister haftet für die Fehler des Werkes, mögen sie durch sein eigenes oder ein Versehen seiner Leute verschuldet sein[20]).

2. Eine moderne partikularrechtlich vorkommende locatio cond. operis war, bis überall in Deutschland die allgemeine Wehrpflicht eingeführt wurde, der Heer-Einstandsvertrag, vermöge dessen der conductor sich verpflichtet, die Militärpflicht eines Anderen an dessen Stelle zu erfüllen, und wo die merces bei der Behörde als Caution deponirt oder durch diese der ganze Vertrag mit dem Einsteller vermittelt wurde.

3. Eine sog. † *irregularis locatio-conductio (operis)* liegt vor, wenn Fungibilien der Art zur Verarbeitung oder so zum Transport hingegeben werden, dass der Empfänger auch andere Fungibilien derselben Quantität und Qualität verwenden kann. Der Empfänger muss dann das periculum der in sein Eigenthum übergegangenen Gegenstände übernehmen[21]).

4. Die Rhodischen Seegesetze waren im Alterthum bei allen Völkern recipirt, namentlich auch folgende *lex Rhodia de iactu*[22]): Derjenige, dessen Eigenthum bei einer Seegefahr[23]) über Bord geworfen wurde, um das Schiff oder die Ladung zu retten[24]), kann, wenn die Rettung des Schiffes gelang, Repartition seines Schadens auf die Eigenthümer des Schiffes und der geretteten Ladung verlangen. Er klagt nämlich, wenn man den Befrachtungsvertrag als locatio conductio operis ansieht, mit der actio locati, oder wenn man diesen Vertrag als locatio conductio operarum betrachtet, mit der actio conducti gegen den Schiffer und dieser nimmt durch Retention oder erstenfalls mit der actio conducti, oder im zweiten Falle mit der actio locati Regress gegen die Eigenthümer der

18) Dankwardt, Die locatio conductio operis vgl. oben Note 1. — 19) L. 60. §. 4. Dig. h. t. XIX. 2. — 20) Vgl. l. 25. §. 7. l. 13. §. 5. l. 62. Dig. h. t. XIX. Wyss, Die Haftung für fremde culpa nach röm. Recht. Zürich 1867. — 21) L. 31. D. h. t. XIX. 2. — 22) Dig. XIV. 2. — 23) Auch ein Angriff von Piraten gilt als solche. Vgl. l. 2. §. 3. Dig. h. t. XIX. 2. — 24) Sog. grosse oder gemeinschaftliche Haverei.

geretteten Sachen[25]). Einige Juristen sahen nämlich die Befrachtung als locatio cond. operarum an, wo dann der Befrachter die actio conducti und der Schiffer die actio locati hatte; andere als locatio cond. operis, so dass darnach dem Befrachter die actio locati und dem Schiffer die actio conducti zustand. Um daher sicherer zu gehen, rieth Papinian, in unserem Ealle auf Repartition des Schadens lieber eine actio in factum anzustellen. Die geretteten Sachen sollen nach dem Werthe bei der Repartirung des Schadens, die geopferten nach ihrem Einkaufspreise taxirt werden[26]). Analog versuchte man die lex Rhodia de iactu wohl auch bei anderen als Seegefahren anzuwenden, z. B. wenn bei der Feuersbrunst das Nachbarhaus des brennenden niedergerissen und dadurch andere Häuser gerettet wurden.

§. 205. 3) Societas (Gesellschaftsvertrag)[1]).

I. *Societas* ist der wesentlich mehrseitige Consensualcontract, vermöge dessen Zwei oder Mehrere zur Erreichung eines gemeinsamen vermögensrechtlichen (erlaubten) Zweckes sich zur gegenseitigen Gemeinschaftlichmachung von Sachen (societas rerum) oder Dienstleistungen verpflichteten, entweder, wie dies gewöhnlich der Fall ist, zur Erreichung eines gemeinsamen Gewinnes (societas † quaestuaria)[2]) oder zu sonstigem Zwecke (soc. † simplex), wie die eheliche Gütergemeinschaft.

II. Wird ausgemacht, dass ein Theil nur an dem Vortheil participiren soll, der andere den etwaigen Nachtheil allein tragen solle, so nennt man dies societas leonina (Löwenantheil) und diese ist juristisch nur eine Schenkung[3]). Jedoch können wohl durch besondere Verträge für den einen Theil mehr Vortheile bedungen werden, als für den anderen.

III. Bestritten war, ob die societas unter einer Bedingung eingegangen werden könne. Justinian[4]) bejahte dieses aber.

IV. Die Sachen, welche für die Gesellschaftszweeke conferirt werden, können in das Miteigenthum der socii gebracht werden *(societas sortis)*, und bei res fungibiles und consumtibiles ist dies selbstverständlich, aber bei unvertretbaren und unverbrauchbaren

25) Paul. l. 2. pr. h. t. — 26) Vgl. Hand.-Ges.-B. Art. 702 ff. („Die grosse Haverei wird von Schiff, Fracht und Ladung gemeinschaftlich getragen.")

§. 205. 1) Gai. III. 148—54; Paul. S. R. II. 16; Inst. de societate III. 25; Dig. XVII. 2; Cod. IV. 37. Bruns, Fontes. Ed. II. pag. 140—141. — 2) Ueber die im deutsch. H.-G.-B. aufgestellten Begriffe der offenen, Commandit-, Aktien- und Aktiencommandit-, stillen und sog. Gelegenheits-Gesellschaft. vgl. das. Art. 85, 150, 172, 207, 250, 266. Man s. auch oben §. 62. nr. II. S. 139 f. — 3) Vgl. l. 5. §. 2. l. 29. §. 2. Dig. h. t. XVII. 2; l. 16. §. 1 de minor. IV. 4; l. 32. §. 24 de donat. i. v. et ux. XXIV. 1. — 4) L. 6. Cod. h. t.

Sachen soll im Zweifel nur der Gebrauch der Sachen gemeinsam sein *(societas usus)*.

V. Der Antheil am Gewinn und Verlust ist im Zweifel für alle socii gleich, selbst wenn die Beiträge der Einzelnen ungleich sind[5]). Nothwendige und nützliche Verwendungen und Auslagen für die Societätsangelegenheiten müssen dem socius vergütet werden[6]).

VI. Jeder socius haftet in Bezug auf Societätsgeschäfte für diligentia quam in suis rebus. Der Erbe des socius muss die von diesem begonnenen Geschäfte beendigen, haftet aber dabei blos für dolus und culpa lata. Den casus, welcher einen socius bei Ausführung von Societätsgeschäften trifft, müssen alle zusammen pro rata tragen[7]).

VII. Die socii haben gegen einander auf Erfüllung der societas jeder die im Falle der Veruntreuung infamirende *actio pro socio*, aber auch das † beneficium competentiae[8]). Auf Vertheilung des Gesellschaftsvermögens nach Auflösung der societas haben sie die *actio communi dividundo*[9]).

VIII. Die societas erlischt[10]): 1) *ex personis*, d. h. durch Tod (bei den Römern auch durch capitis diminutio maxima oder media), oder Concurs oder Confiscation des Vermögens eines socius. In allen diesen Fällen erlischt die societas für alle socii, ebenso wie wenn sie 2) *ex rebus*, d. h. durch völligen juristischen oder physichen Untergang der in die societas conferirten Sachen, durch Erreichung des Societätszweckes, Eintritt einer Resolutivbedingung oder eines Endtermins erlischt; 3) Bloss für die Betreffenden erlischt die societas *ex voluntate*, d. h. durch Vereinbarung der socii, oder auch durch einseitige Aufkündigung, selbst wenn die societas auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wäre. Jedoch an den Nachtheilen der bereits begonnenen Geschäfte muss der einseitig Aufkündigende noch mittragen, ohne noch an dem Gewinne Theil zu nehmen (socium tantummodo a se, sed non se a socio liberat). Uebrigens wird der beliebige jederzeitige Austritt eines socius auch nicht durch eine speciell dagegen gerichtete Contractsbestimmung ausgeschlossen; 4) *ex actione*, d. h. durch Novation[11]) und durch Aufhebung im Prozess.

IX. Wenn eine *societas omnium bonorum* geschlossen wird, so wird das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen, Activa wie Passiva, gemeinsam und zwar in Folge Rechtssatzes (nicht in Folge eines constitutum † possessorium)[12]) werden alle einzelnen Sachen und Rechte gemeinsam, ohne dass es einer gegenseitigen

5) L. 29. pr. h. t.; §. 1. Inst. h. t.; Nov. Leon. 103. — 6) L. 52. §. 15; l. 67. §. 2. D. h. t.; l. 2. Cod. eod. — 7) L. 52. §. 3; l. 58. pr. §. 1. h. t. — 8) S. o. §. 130. VI. S. 274. — 9) S. o. §. 150. VI. S. 344 f. — 10) L. 63. §. 10; l. 65. pr. h. t. — 11) S. u. §. 219. nr. IV. — 12) S. o. §. 137. S. 296.

Tradition und Cession bedürfte. Nur der factische Erwerb durch Delict braucht nicht in das gemeinsame Vermögen eingeworfen zu werden; ist er aber eingeworfen, so kann er nicht zurückgefordert werden. Alle Activa und auch die Passiva mit Ausnahme der Delictschulden werden gemeinsam; zwar wird der Schadenersatz und die Strafe wegen des Delicts zunächst aus dem gemeinsamen Vermögen bestritten, aber bei der nachherigen Auseinandersetzung werden sie dem Delinquenten allein angerechnet, es sei denn, dass der andere socius sich den Erwerb ex delicto gefallen liess. Die Bedürfnisse der socii müssen aus dem gemeinsamen Vermögen bestritten werden, selbst wenn sie von ganz verschiedenem Umfange sind.

§. 206. 4) Mandatum (Bevollmächtigungsvertrag)[1].

I. *Mandatum* ist der Consensualvertrag, vermöge dessen der Eine (procurator, † mandatarius) dem Anderen (mandans, mandator) auf dessen Aufforderung verspricht, einen Auftrag zur Besorgung eines erlaubten Geschäftes erfüllen zu wollen, dessen Vornahme nicht bloss im Interesse des Mandatars, sondern zum wenigsten zugleich auch im Interesse des mandans oder eines Dritten liegen muss. Ein mandatum im ausschliesslichen Interesse des Mandatars (mandatum tua gratia) gilt an sich als ein blosser Rath, der noch keine Obligation begründet[2], es sei denn, dass der Mandatar nachweist, dass er nur durch den Auftrag zu dem Geschäfte bewogen sei.

II. Im Wesen des Mandats liegt es nicht, dass es gegen Entgeld geschehe. Zur Geltendmachung des Anspruches auf Honorar für die als Gewerbe betriebene freie geistige Arbeit[2a] der Professoren und Lehrer, der Rechtsanwälte und ihrer Gehülfen (iuris studiosi)[3], der Aerzte, Hebammen, Buchhalter, Feldmesser, Makler u. s. w., der früher überhaupt nicht klagbar war, wurde auch später keine actio mandati gegeben, sondern die Sache vor dem Magistrat in einer extraordinaria cognitio entschieden[4].

§. 206. 1) Gai. III. 155—62; Paul. S. R. II. 15; Inst. de mandato III. 26; Dig. XVII. 1.; Cod. IV. 35; Eck in Holtzendorff's Rechtslex. II. s. v. Mandat.

2) Vgl. Gai. l. 2. pr. §. 6. h. t. XVII. 1; Ulp. l. 47. pr. de R. I.: „Consilii non fraudulenti nulla obligatio est; ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit." L. 7. §. 8; l. 10. de dolo IV. 3. — 2a) Vgl. oben §. 204. nr. II. S. 500 f. — 3) L. 4. Dig. de extr. cogn. IV. 13.

4) Vgl. tit. Dig. de extraord. cogn. et si iudex litem suam fecisse dicetur L. 13., besonders l. 1, l. 3, l. 4. h. t. l. 1. Cod. eod. tit. Dig. si mensor XI. 6. tit. Dig. de proxen. L. 14, besonders l. 1. l. 3. Nur das Honorar der Professoren der Jurisprudenz (L. 1. §. 5. Dig. h. t. L. 13.) und der Philosophie (L. 1. §. 4. Dig. eod.) kann nicht eingeklagt werden. Man s. auch Glück, Erläut. der Pand., Bd. 15. S. 290 ff.

III. Der Mandatar kann für ein bestimmtes einzelnes Geschäft *(mandatum speciale)* oder für eine ganze Gattung oder Reihe von Geschäften *(mandatum generale)* und so auch zur Besorgung aller Vermögensangelegenheiten einer Person *(procurator omnium bonorum)* bestellt werden [5]).

IV. Für manche Geschäfte bedarf es aber nothwendig eines *mandatum speciale*, z. B. um fremde Sachen veräussern, um im Namen des mandans einen Eid zuschieben oder ein iuramentum delatum oder relatum schwören, um einen Vergleich schliessen oder eine Restitution nachsuchen zu dürfen. Wenn aber ein *mandatum generale* mit dem Zusatze *cum libera (facultate agendi)* ertheilt ist, so wird ein *mandatum speciale* subintelligirt [6]).

V. Soweit der Mandatar die Grenzen des Mandats überschreitet, handelt er gar nicht mehr als Mandatar [7]). Hatte der Mandatar mehr Kosten zur Ausführung des Mandats aufgewandt, als ihm zugestanden war, so wurde es nach altem strengen Rechte so angesehen, als bestände gar kein mandatum, nach neuerem Rechte ist der mandans bloss nicht zur Leistung des Mehrbetrags verbunden, muss aber so viel leisten, als bis wohin sein Mandat reichte [8]).

VI. Der Mandatar darf auch zur Ausführung des Mandats einen Substituten bestellen, wenn es ihm nicht ausdrücklich oder durch die Umstände des betreffenden Falles verboten ist. Für die culpa des Substituten haftet der Mandatar nicht, dagegen in Betreff der Auswahl des Substituten haftet er für omnis culpa [9]), wie der Mandatar (und auch dessen Substitut) überhaupt in Betreff der Ausführung des Auftrags für omnis culpa haftet. Gegen den Mandatar hat der mandans auf Erfüllung des Mandates und Rechnungsablegung

5) Ulp. l. 1. de procur. et defens. III. 3.: „Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat. §. 1. Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest . . . quamvis quidem . . . non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse. . . . Sed verius est, eum quoque procuratorem esse, qui ad unam rem datus sit.“ Cf. l. 63, eod.; l. 25. §. 1. Dig. de minor. IV. 4. — 6) L. 58. 59. de proc. et defens. III. 3. c. 4. 5. de procurator. in VIto. I. 19.

7) Die Entgeldlichkeit ist nach röm. Recht, wenn auch nicht, wie nach heutigem Recht, die Regel, so doch zulässig; denn wenngleich die Unentgeldlichkeit in l. 1. §. 4. Dig. h. t. XVII. 1. L. 22. Dig. pr. de pr. verb. XIX. 5. u. §. 13. Inst. de mand. III. 26 als Kriterium aufgestellt wird, bleibt nach l. 6 pr. l. 7; l. 26. §. 8.; l. 56. §. 3. Dig. h. t. XVII. 1 und §. 13 in fine Inst. h. t. III. 26 der Charakter des Mandats trotz der Lohnabrede bestehen. Vgl. hierüber Baron, Pandecten §. 299. §. 296. nr. III.

8) L. 3. §. 2. l. 4. h. t. — 9) Culpa † in eligendo. L. 8. §. 3. Dig. h. t. XVII. 1; l. 21. §. 3; l. 28. Dig. de neg. gest. III. 5; l. 10 in fine. l. 11. Dig. commod. XIII. 6.

die *actio (famosa) mandati directa*. Der Mandatar hat gegen den mandans auf Ersatz von Auslagen und etwaigen Schadens und Abnahme der durch die Ausführung des Mandats übernommenen Verbindlichkeiten eine *actio (famosa) mandati contraria* und ein Retentionsrecht an dem durch Ausführung des Mandates Erhaltenen.

VII. Das Mandat erlischt eigenthümlicher Weise, wie die societas, durch Widerruf, sobald der Widerruf dem Mandatar bekannt wird [10]), und durch den Tod [11]) einer Partei, jedoch in dem Falle nicht durch Tod des Mandanten, wenn der Auftrag, zugleich auf die Erben mit ausgestellt oder auf etwas nach dem Tode des Mandanten zu Vollziehendes gerichtet ist († mandatum post mortem) [12]). Auch geht natürlich die schon begründete actio mandati activ wie passiv auf die Erben über.

VIII. Eine eigenthümliche Art von mandatum ist die gerichtliche Procuratur, die Delegation [13]), das bereits oben [14]) besprochene *mandatum † qualificatum*, ferner die Cession [15]) und die Assignation oder Zahlungsanweisung, welche ein debitor seinem creditor dahin gibt, dass dieser creditor die Forderung, welche sein Schuldner an einen Dritten habe, eincassiren und sich dadurch befriedigen solle. Die Cession gilt als Zahlung, dagegen die Assignation enthält nur den Versuch einer Zahlung und kann widerrufen werden, so lange die Zahlung nicht erfolgt ist. [16])

IX. Das kaufmännische Commissionsgeschäft, wenngleich seine rechtliche Grundlage das Mandat bildet, unterscheidet sich von diesem wesentlich dadurch, dass der Commissionär zwar für Rechnung eines Auftraggebers (Committent), aber in eigenem Namen, (also auch mit eigenen Mitteln und eigenem Credit) handelt, und besonders dass (gegen die Natur des Mandats) beim Commissionsgeschäfte, vorzüglich im überseeischen Verkehr, Nebenabreden dahin getroffen werden können, wodurch die Widerruflichkeit des Auftrags ausgeschlossen und eine directe Haftung des Commissionärs für die Erfüllung des Geschäfts begründet werden kann. (Vgl. Art. 360 ff. des Hdls.-Gesb.)

§. 207. Von den Quasicontracten [1]).

In einigen Fällen wird, ohne dass ein wirklicher Contract geschlossen ist, durch einseitige, nicht auf Begründung einer Obliga-

10) L. 12. §. 16; l. 22. §. 11. Dig. h. t. XVII. 1. §§. 9. 11. Inst. h. t. III. 26.

11) L. 1. §. 4. Dig. h. t. VXII. 1: „... nam [mandatum] originem ex officio atque amicitia trahit.“ L. 27. §. 3.; l. 57. Dig. h. t. XVII. 1; §. 10. Inst. h. t. III. 26; l. 15. Cod. h. t. IV. 35.

12) Z. B. „ut post mortem sibi monumentum fieret.“ L. 12. §. 17; l. 13. Dig. h. t. XVII. 1. — 13) S. o. §. 113. und u. §. 219. nr. IV. — 14) §. 182. X. S. 437. — 15) S. o. §. 181. — 16) Vgl. jedoch D. H. G. B. Art. 300.

§. 207. 1) Inst. de obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur. III. 27; Gai. I. 5. pr.; §. 3. Dig. de O. et A. XLIV. 7.

tion gerichtete Willensäusserung nach Civilrecht eine Obligation begründet, welche jedesmal an einem wirklichen Contracte ihr Vorbild hat. Hierher gehörten nach vorjustin. Rechte auch die Litiscontestation und das Urtheil, wo die Wirkungen einer novatio eintraten, obschon seit Einführung des Formelverfahrens keine dessfallsige novatio mehr bei der Litiscontestation ausdrücklich von den Parteien vorgenommen wurde[2]), und auch die Beantwortung der interrogatio in iure facta[3]). Ebenso auch ein abgeleistetes iuramentum delatum, indem dieses statt des Urtheils gilt[4]), und wenn ein filius familias de peculio den Haupteid deferirt hatte, so ging gegen den Vater die actio de peculio quasi ex contractu[5]). Nach justinian. Rechte gehören dahin nur noch folgende Rechtsgeschäfte, zu denen der Magistrat nicht wie zur Litiscontestation und zur Beantwortung der interrogatio in iure zwingen konnte:

I. Die *solutio indebiti* gilt wie ein quasi mutuum und begründet die condictio indebiti[6]). Jedoch ist ein mutuum nur an Fungibilien möglich, während eine solutio indebiti bei allen möglichen Sachen vorkommen kann.

II. Ein *quasi mandatum* liegt bei der Geschäftsführung des *tutor* vor[7]).

III. 1. Ein *quasi mandatum* ist auch die *negotiorum gestio*[8]), d. h. die Ausführung fremder Geschäfte zum Nutzen des Anderen, ohne dessen Auftrag und auch nicht von Amtswegen, aber auch ohne dass der Betreffende es verboten hatte. Der negotiorum gestor haftet, wie ein Mandatar, für omnis culpa, jedoch wenn er erweislich einen grossen Schaden des Anderen abwandte, bloss für dolus und culpa lata. Es geht gegen den *negotiorum gestor* auf Rechnungsablegung und Herausgabe der durch die gestio in seine Hände gekommenen Sachen die *actio negotiorum gestorum directa*, und er hat auf Ersatz nothwendiger oder nützlicher Impensen und sonstiger Auslagen ein Retentionsrecht und die *actio neg. gestorum contraria*, letztere auch auf Abnahme der für den dominus übernommenen Verbindlichkeiten. Jedoch braucht der dominus nicht über das Maass der Bereicherung zu haften, wenn der gestor in eigennützigem Interesse die gestio vornahm; und wenn der gestor bloss mit Rücksicht auf einen der mehreren domini das Ge-

2) S. o. §. 124. S. 261; §. 130. S. 273; Ulp. l. 3. §. 11. de pecul. XV. 1. — 3) S. o. §. 122. III. 3. S. 255 f.; l. 11. §. 9. de interr. i. i. fac. XI. 1. — 4) S. o. §. 122. III. 4. S. 256. — 5) L. 5. §. 2. de peculio XV. 1. — 6) S. o. §. 198. III. 1. S. 484 f. — 7) S. u. §. 241 ff.; Dig. XXVII. 3. 4. Cod. V. 51. 58. — 8) Paul. Rec. Sent. I. 4; Dig. III. 5; Cod. II. 9; Zimmermann, Aechte und unächte negotiorum gestio. Giessen 1873.

schäft abschloss, haften die übrigen domini bloss bis zum Belaufe der Bereicherung, und ebenso haftet der dominus bloss bis zum Belaufe einer Bereicherung, wenn die gestio sich auf Geschäfte erstreckte, die der dominus gar nicht auszuüben pflegte. Wenn der Geschäftsführer das Geschäft nicht animo obligandi vornahm, sondern in dem irrthümlichen Glauben, dass er das Geschäft für sich selbst abschliesse, so hat er keine Gegenklage gegen den dominus. Die Klagen aus der negotiorum gestio sind bonae fidei.

2. In Bezug auf die Geschäftsführung des Curators lassen sich die actiones als negotiorum *curationis causa* gestorum auffassen, richtiger aber wohl wegen der grösseren Analogie als *actiones tutelae utiles* [9]).

3. Eine besondere Art negotiorum gestio ist die Besorgung der einem Anderen obliegenden Bestattung einer Leiche. Wer nämlich sich selbst zur Vornahme der Beerdigung irrthümlich für verpflichtet hält, kann nach prätorischem Rechte in subsidium von dem zur Beerdigung Verpflichteten mit der *actio funeraria* ex aequo et bono die entsprechenden Kosten ersetzt verlangen, selbst wenn er gegen das Verbot des Verpflichteten die Beerdigung vornahm, falls er einen guten Grund dazu hatte [10]).

4. Es können auch diejenigen, welche in den Besitz von Gütern eines Anderen eingewiesen sind, wegen deren Verwaltung (wobei sie aber bloss für dolus und culpa lata haften) mit einer *actio in factum*, analog der *actio negotiorum gestorum* belangt werden und ebenso ihre etwaigen Gegenansprüche geltend machen [11]).

IV. Eine *quasi societas* ist die *communio incidens*, d. h. eine Gemeinschaft von Eigenthum oder dinglichen Rechten an fremder Sache, welche ohne einen darauf gerichteten Vertrag entsteht, z. B. durch gemeinsame Beschenkung. Jeder haftet dem Anderen für quam in suis rebus diligentiam. Auf Erfüllung der gegenseitigen Verbindlichkeiten, Ersatz von Auslagen, Rechnungsablegung u. dgl., nicht bloss auf Auseinandersetzung der Gemeinschaft, geht die *actio communi dividundo* [12]), oder bei einer Vermögensgemeinsamkeit unter coheredes die *actio familiae herciscundae* [13]). Die gerichtlich geschehene Theilung kann, wenn das Urtheil rechtskräftig geworden ist, auch nicht wegen laesio enormis angefochten werden. Etwas Anderes wäre es, wenn das Urtheil wegen Rechnungsfehler oder wegen Uebergehen eines der Communionsinteressenten sich

9) S. u. §. 243. — 10) L. 12. §. 2 sqq. de religiosis et sumtibus funerum. I. 7; Cod. III. 44. — 11) L. 9. 14. §. 1. de reb. auct. iud. poss. XLII. 5; l. 15. §. 14. de damno infecto XXXIX. 2; s. o. §. 102. VI. S. 202; §. 139. S. 302. — 12) S. o. §. 150. VI. S. 344. — 13) §. 268. nr. VIII.

als nichtig herausstellte. Eine aussergerichtliche Theilung kann aber wegen jeder Verkürzung, sogar wenn auch keine laesio enormis vorhanden ist, gekündigt werden.

V. Durch die *hereditatis aditio* (Antritt der Erbschaft) verpflichtet sich der Erbe stillschweigend zur Entrichtung der ihm auferlegten Vermächtnisse. Bei dem ältesten Mancipations-Testamente trat diese Verpflichtung in Folge eines ausdrücklichen Vertrages zwischen Testator und Erben ein[14]).

§. 208. Die Obligationen aus Delicten im Allgemeinen[1]).

I. Hierher gehören nur die Privatdelicte, d. h. Widerrechtlichkeiten, welche bei den Römern eine blosse Privatstrafe nach sich zogen[2]). Schon in den XII Tafeln waren *iniuria* und *furtum* als Privatdelicte verpönt, die lex Aquilia fügte im 5. oder 6. Jahrh. d. St. hinzu das *damnum iniuria datum* und das prätorische Edict am Ende des 7. Jahrh. d. St. die *vi bona rapta*.

II. Neben diesen entwickelte sich die Theorie von den Quasidelicten[3]). Zur Ergänzung weiterer Lücken gewährte das prätorische Edict *actiones arbitrariae* auf das volle Interesse, und führte der Prätor Aquilius Gallus (im J. 688 d. St.) die *actio de dolo malo*[4]) und der Prätor Octavius (im J. 683 d. St.) die *actio quod metus causa*[5]) ein.

III. Zur Existenz eines Privatdelictes gehört immer, dass die Rechtsverletzung wirklich erfolgt ist. Einen conatus desselben gibt es nicht. Mit Ausnahme der Fälle der lex Aquilia[6]) setzen die Privatdelicte wesentlich einen dolus voraus, und insofern zieht die Verurtheilung aus denselben oder ein Vergleich zur Abwendung einer derartigen Verurtheilung Infamie nach sich. Die Poenalklage geht immer nur gegen den Delinquenten selbst, nicht gegen dessen Erben; die actio rei persecutoria konnte nach röm. R. gegen die Erben nur insoweit angestellt werden, als sie faktisch aus dem Delicte noch etwas in Händen haben[7]).

IV. *Furtum*, *vi bona rapta*, *damnum iniuria datum*, *iniuria* (in dieser nicht chronologischen Reihenfolge betrachten sie die Institutionen) hoben die Römer als die hauptsächlichsten Privatdelicte hervor. Jedoch wollen wir ausser diesen noch einige anderen der ursprünglich sehr zahlreichen, theilweise schon im römischen, fast voll-

14) §. 255. nr. II; §. 268. nr. II.

§. 208. 1) Gai. III. 182—225 und l. 4. de O. et A. XLIV. 7; Inst. IV. 1—4; Dig. XLVII; Cod. VI. 2. IX. 32. 39; Bruns a. a. O. §. 72. S. 411 f. — 2) S. o. §. 94. S. 188. — 3) §. 215. — 4) S. o. §. 80. III. S. 166. — 5) S. o. §. 80. I. S. 162 f. — 6) S. o. §. 94. S. 189 f. §. 211. — 7) Vgl. o. §. 116.

ständig im heutigen Rechte mit öffentlicher Strafe bedrohten röm. Privatdelicte in's Auge fassen[8]).

§. 209. Von dem furtum[1]).

Furtum est contrectatio fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve. §. 1. Inst. h. t. IV. 1; Paul. l. 1. §. 3. h. t. XLVII. 2.

I. *Furtum* im röm. Sinne ist jedes widerrechtliche, gewinnsüchtige (nicht bloss in der Absicht zu schaden geschehene) Sichvergreifen an einer beweglichen Sache, sei es, dass man sich das Eigenthum *(furtum rei)*, oder dass man sich bloss den Gebrauch *(furtum usus*, z. B. von Seiten des Depositars, des Pfandgläubigers, Ueberschreiten des gestatteten Gebrauchs von Seiten des Commodatars), oder den Besitz *(furtum possessionis*, z. B. von Seiten des Verpfänders gegen den Faustpfandgläubiger, oder des Eigenthümers gegen den bonae fidei possessor) der Sache aneignen wollte. Besitz des Bestohlenen, Wegbringen aus dessen Gewahrsam und Heimlichkeit sind also zum Begriffe des röm. furtum nicht wesentlich; es ist auch nicht einmal nöthig, dass die Sache für den Dieb eine fremde sei; indem es ja schon ein furtum ist, wenn Jemand sich nicht die Sache im Ganzen, sondern wenn er sich nur den Gebrauch oder Besitz derselben anmasst. Unter den klassischen Juristen stritt man noch, ob auch an Grundstücken ein furtum möglich sei, was man aber später verneinte[2]). Die XII Tafeln verpönten nur das furtum ipsius rei, das furtum usus und possessionis kamen erst später hinzu.

8) Das System der römischen Privatstrafen entspricht unseren Anschauungen von der nur dem Staate zustehenden Strafgewalt durchaus nicht; es ist deshalb, ausser der von der deutschen Praxis zugelassenen ästimatorischen Privatstrafe bei Injurien, nicht recipirt, und auch die letztere ist durch das D. Reichs-Str.-G.-B. (§. 185 ff.) in eine öffentliche Geldstrafe verwandelt; jedoch kann nach §. 188 bei verläumderischer Beleidigung und nach §. 231 des R.-Str.-G.-B. wegen Körperverletzung auf Verlangen des Verletzten neben der Strafe auf eine an den Beleidigten bez. Verletzten zu erlegende Busse bis zum Betrage von zweitausend Thalern erkannt werden. Diese Busse soll auf Schadenersatz und Strafe zugleich gehen, also beide Funktionen miteinander verbinden. Wächter, Die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach dem heutigen gemeinen Rechte. Leipzig 1874. Vgl. auch u. §. 212. nr. IV. Note 10. S. 516 f.

§. 209. 1) Gai. III. 183—208; Paul. S. R. II. 31; Coll. 7; Gell. N. A. XI. 18; Inst. IV. 1; Dig. XLVII. 2. (3—7. 14. 16—20.); Cod. VI. 2. de furtis; Dig. XIII. 1; Cod. IV. 8. de condictione furtiva; Grabowski, Furtum secundum diversas in iure Rom. disciplinas. Diss. inaug. Berol. 1865. — 2) Gai. II. 51; Gell. XI. 18; cf. §. 1. Inst. h. t. IV. 1.

II. Wenn ein Sclave sich hatte überreden lassen, seinem Herrn etwas zu entwenden und es dem Dritten zuzutragen, so hatte der Herr des Sclaven gegen diesen Dritten eine actio furti und auch die actio servi corrupti. Wenn der Sclave aber seinem Herrn jene Anträge des Dritten verrathen, und der Herr, um sich von der Schlechtigkeit des letzteren zu überzeugen, dem Sclaven gestattet hatte, die Sache dem Dritten auch wirklich zu bringen, so fehlte zum Vorhandensein des Diebstahls eigentlich, dass derselbe hier invito domino geschah, wie dieses zum Wesen der contrectatio fraudulosa gehörte, und man wollte die actio furti in diesem Falle nicht zulassen (quod non invito domino [servus] contrectavit), ebenso auch nicht die actio servi corrupti, weil der Sclave keine Schlechtigkeit begangen hatte (quod deterior servus factus non sit)[3]. Justinian bestimmte aber, es sollten in solchem Falle beide Klagen zulässig sein, damit nicht die malitia solcher Menschen ungestraft bleibe[4].

III. Den ertappten *fur nocturnus* gestatteten die XII Tafeln unbedingt zu tödten, den *fur diurnus* nur, si telo se defendat[5]. Im späteren Rechte wurde dieses auf den dringenden Nothfall beschränkt[6]. Der *fur manifestus* wurde nach den XII Tafeln durch manus iniectio und darauf folgende addictio Sclave des Bestohlenen[7]. Der Prätor substituirte statt dessen aber schon früh die *poena quadrupli.* Unter furtum manifestum verstanden einige Juristen den Fall, wo der Dieb in ipso furto ergriffen wurde; andere auch den Fall, wo der Dieb wenigstens noch am Orte des Diebstahls ergriffen wurde; wieder andere sahen es noch als furtum manifestum an, wenn der Dieb ergriffen wurde, ehe er die Sache dahin brachte, wohin er sie zu bringen beabsichtigte, und endlich andere betrachteten noch das furtum als manifestum, wenn der Dieb nur überhaupt einmal mit der gestohlenen Sache ergriffen wurde[8]. Nach justinian. R. liegt aber das furtum manifestum nur dann vor, wenn der Dieb noch ergriffen wurde, ehe er die Sache dahin brachte, wohin er sie am Tage des Diebstahls zu bringen gedachte[9]. Den *fur nec manifestus* traf schon nach den XII Tafeln, wie noch im neuesten Rechte die *poena dupli.* Jeder Interessent, nicht bloss der Eigenthümer, hatte gegen den Dieb und dessen Gehülfen, nicht aber gegen die Erben die *actio furti* auf das *duplum*, resp. *quadruplum.* Nach Ablauf eines Jahres ging die Klage bloss

3) Gai. III. 198. — 4) §. 8. Inst. h. t. IV. 1. — 5) L. 4. §. 1. ad leg. Aquil. IX. 2; l. 54. §. 2. de furtis. XLVII. 2. — 6) L. 9. ad leg. Corn. XLVIII. 8. — 7) S. o. §. 44. II. 4. S. 97. — 8) Gai. III. 184. — 9) L. 4. de furt. XLVII. 2; §. 3. Inst. h. t. IV. 1.

auf das simplum, und gegen die Erben ging sie nur bis zum Belaufe der vorhandenen Bereicherung. Der Eigenthümer der gestohlenen Sache konnte aber von dem Diebe oder dessen Erben auch immer noch dazu durch eine rei persecutorische *condictio furtiva* die Sache zurückfordern, oder wo dies nicht möglich war, deren vollen Werth nach dem Zeitpunkt, wo sie den höchsten Werth hatte, verlangen, wenn sie auch durch casus untergegangen sein sollte [10]. Die actio furti und die condictio furtiva concurriren vollständig cumulativ, d. h. sie schliessen sich nicht einander aus. Schon in der Kaiserzeit konnte man aber aus dem furtum auch eine Criminalanklage extra ordinem anstellen [11]; jedoch sollte nach Justinian's Bestimmung der Dieb in keinem Falle am Leben gestraft werden [12]. Heutzutage findet keine Privatstrafe, sondern unabhängig von den Anträgen des Bestohlenen eine öffentliche Bestrafung des Diebes statt. Es gibt auch nur noch ein *furtum rei* und dieses besteht nach deutschem Rechte in der wissentlich widerrechtlichen Wegnahme einer fremden beweglichen Sache aus dem Gewahrsame eines Anderen in der Absicht, sich dieselbe anzueignen.

IV. Schon im justinianischen Rechte sind folgende im klassischen Rechte vorkommenden besonderen Arten von Diebstahl verschwunden:

1. *Furtum conceptum.* Dieses liegt vor, wenn bei Jemandem, einerlei ob derselbe zugleich der Dieb war oder nicht, in Folge einer vor Zeugen vorgenommenen Haussuchung, die gestohlene Sache gefunden wurde. Die *actio furti concepti* ging hier auf das triplum.

2. Für dieses triplum hatte der Beklagte einen Regress mit der *actio furti oblati* gegen denjenigen, der ihm die Sache etwa zugetragen hatte, um ihn als den Dieb erscheinen zu lassen *(furtum oblatum)*.

3. *Furtum lance et licio conceptum* [13]. Dieses war ein aus dem attischen Rechte in die XII Tafeln übergegangenes furtum conceptum, bei welchem der Bestohlene, weil sich der Bewohner des Hauses die Haussuchung von dem vestitus nicht gefallen lassen wollte, diese so abhielt, dass er dabei nackt und nur mit einem priesterlichen Gürtel (linteum, licium) bekleidet war und eine Opferschale (lanx) mit beiden Händen hielt, so dass er nicht selbst eine Sache mitbringen und unterschieben konnte. Derjenige, bei welchem dann

10) Gai. IV. 4; l. 13. h. t.; s. o. §. 198. nr. II. u. V. 1. S. 484 ff. — 11) L. 92. de furt. XLVII. 2. — 12) Nov. 134. c. 3. — 13) Gellius N. Att. XI. cap. ult. XVI. 10.

die Sache gefunden wurde, haftete wie ein fur manifestus. Schon Gaius[14]) spricht aber von dieser Art Haussuchung als von etwas völlig Veraltetem und Unverständigem. Festus[15]) erklärte dabei die lanx anders, nämlich als eine Maske, die der Haussuchende propter matrum familias et virginum praesentiam vor das Gesicht gehalten habe[16]).

4. *Furtum prohibitum* war eine Verhinderung der Haussuchung, welche der Bestohlene vornehmen wollte. Der Prätor gewährte hier dem Bestohlenen eine actio auf das quadruplum.

5. Endlich wird in den Institutionen[17]) noch eine *actio furti non exhibiti* erwähnt, eine Poenalklage gegen denjenigen, der die bei ihm gesuchte und gefundene Sache nicht herausgab (non permisit ab inveniente auferri).

Zu Justinian's Zeit waren jene alten Privathaussuchungen überhaupt längst abgekommen, und desshalb erklärten die Institutionen[18]) die sämmtlichen vorhin unter Nr. 1—5. verzeichneten Klagen für veraltet, und stellten statt dessen die Regel auf, dass der wissentliche Hehler als fur nec manifestus behandelt werden solle.

§. 210. Vi bona rapta[1]).

Vi (damnum datum sive) bona rapta, Raub liegt vor, wenn Jemand sich gewaltsam Vermögensrechte anmasst. Nach Civilrecht konnte gegen diesen die actio furti manifesti oder auch legis Aquiliae angestellt werden. In Folge der zahlreichen Gewaltthätigkeiten und räuberischen Eingriffe in fremdes Eigenthum während der Bürgerkriege führte der Prätor Lucullus gegen Ende des 7. Jahrh. d. St. gegen diejenigen, welche *dolo malo hominibus armatis coactisque* (d. h. mit bewaffneten und zusammengerotteten Leuten) *damnum darent sive bona raperent* eine Klage ein, welche intra annum auf die Strafe des Vierfachen, post annum aber nur auf einfachen Ersatz ging. In der Kaiserzeit liess man im Edicte die Worte *armatis coactisque hominibus* für den Fall des *damnum vi datum* aus, und verlangte nur noch die *vis* zu dem Thatbestande des Raubes, so dass nun auch jedes von einem Einzelnen mit Gewalt verübte furtum unter den Begriff der rapina fiel und die *actio vi bonorum raptorum* auf das quadruplum erzeugte. Dieses quadruplum sollte nach Justinian's Entscheidung nicht, wie einige Ju-

14) Gai. III. 193. — 15) Festus s. v. lanx. — 16) Vgl. auch Jac. Grimm in Savigny's Zeitschr. f. gesch. R.-Wiss. II. (1816) S. 91—92. — 17) §. 4. Inst. h. t. IV. 1; cf. Theoph. ad h. l. — 18) §. 4. Inst. cit.

§. 210. 1) Gai. III. 209; Inst. IV. 2; Dig. XLVII. 8; Cod. IX. 33; Cic. fragm. orat. pro Tull.

risten behauptet hatten, blosse Strafe sein, sondern zugleich die rei persecutio mit enthalten[2]), so dass man daher nun, wenn der Fall auch als furtum manifestum erschien, besser that, die actio furti manifesti auf das quadruplum als Strafe und dann noch dazu die condictio furtiva auf die rei persecutio anzustellen. Uebrigens wurde die vis nach der *lex Iulia de vi publica* (d. h. die von und an öffentlichen Beamten begangene und nach Justinianischem R. auch die vis armata) *et privata* auch als crimen publicum bestraft[3]). Heutzutage ist die actio vi bonorum raptorum ganz weggefallen und eine poena publica an ihre Stelle getreten.

§. 211. Damnum iniuria datum[1]).

Dieses begründete nach den XII Tafeln, wenn es sich um Verletzung von Sachen handelte, eine Klage auf Ersatz[2]). Eine Klage auf Privatstrafe wegen jeder widerrechtlichen, wenn auch durch die geringste culpa herbeigeführten Vermögensverletzung wurde erst im 5. oder 6. Jahrh. d. St. durch die *lex Aquilia*[3]), ein vom Volkstribunen Aquilius rogirtes Plebiscit, eingeführt. Die lex Aquilia bestimmte im ersten Kapitel: „ut si quis hominem alienum eamve quadrupedem quae pecudum numero sit, iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.“ Im zweiten Kapitel, dessen Inhalt schon oben[4]) besprochen wurde, „in adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur“. Von dem zweiten Kapitel sagt schon Ulpian: „in desuetudinem abiit“, und Justinian's Institutionen sagen davon: „in usu non est“. Im dritten Kapitel: „de omni cetero damno cavetur; si quid enim ustum aut ruptum aut fractum fuerit . .: non quanti in eo anno, sed quanti [wobei die Sabinianer entsprechend dem 1. Kapitel das Wort plurimi ergänzten] in diebus XXX proximis ea res fuerit, damnatur is qui damnum dederit“[5]). Die *actio legis Aquiliae* ging also auf Ersatz, und insofern der getödtete Sclave oder das getödtete vierfüssige Haus- oder Heerdenthier im letzten Jahre, oder die sonstige beschädigte Sache im letzten Monat einen höheren Werth gehabt hatte, als zur Zeit der Tödtung oder Beschädigung, auch

2) Pr. Inst. h. t. IV. 2. cf. Gai. IV. 8. — 3) §. 8. Inst. de publ. iud. IV. 18.; Dig. XLVIII. 6. 7.; Cod. IX. 12. 13.

§. 211. 1) Gai. III. 210—219; Inst. IV. 3; Dig. IX. 2; Cod. III. 35. — A. Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach röm. Rechte. Weimar 1867; Bruns a. a. O. §. 72. S. 411 f. — 2) Festus v. v. Rupitias, Sarcire. — 3) S. o. §. 94. S. 189. — 4) §. o. 194. S. 470 f. — 5) Gai. III. 210. 215. 217 sq.

auf Strafe, gegen den fälschlich Abläugnenden sogar in duplum. Statt auf den höchsten Werth vom letzten Jahre oder Monat geht aber im heutigen Rechte die Klage stets auf den Werth zur Zeit der Beschädigung. Die Klage kann der Eigenthümer oder sonst dinglich (nicht aber auch der obligatorisch) in Betreff der Sache Berechtigte und der pater familias in Betreff der dem Hauskinde zugefügten Beschädigung anstellen. Etwaige mehrere Thäter haften solidarisch, so dass durch die Leistung des Einen der Andere nicht liberirt wird. Dasselbe tritt auch ein, wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von den mehreren Betheiligten gerade die Beschädigung verübte. In dem occidere, und urere, rumpere (= corrumpere), frangere, wodurch die actio legis Aquiliae (directa) begründet wird, liegt ein damnum corpore corpori datum. Der praetor dehnte aber die actio legis Aquiliae als utilis auf die Fälle aus, wo damnum corpori (d. h. an der Substanz der Sache), sed non corpore (d. h. nicht durch unmittelbare körperliche Einwirkung des Thäters, z. B. durch Scheumachen eines Thieres, so dass sich dasselbe in Folge dessen beschädigte) datum erat, sowie auch auf den Fall der Verletzung eines freien Menschen; und für die Fälle, wo die Beschädigung corpore aber nicht corpori, d. h. nicht durch Verletzung eines körperlichen Vermögensobjekts verübt ist, gewährte er eine actio in factum.

§. 212. Iniuria[1]).

I. *Iniuria* bezeichnet im weiteren Sinne jede Widerrechtlichkeit (omne id quod non iure fit), im engeren Sinne die absichtliche (animo iniuriandi geäusserte) Beleidigung (contumelia) der Persönlichkeit, sei es, dass diese mittelbar dadurch geschieht, dass man iniuriae faciendae causa ein Recht des Anderen verletzt[2]), oder unmittelbar dadurch, dass man ohne ein sonstiges Recht zu verletzen, die Person des Anderen durch Kränkung der Ehre oder des guten Rufes desselben verletzt. Letzteres kann durch Thaten oder gesprochene oder geschriebene Worte oder Zeichen geschehen, und zwar nicht bloss gegen unsere eigene, sondern auch gegen die von uns zu vertretende Person (der Frau, der Braut, des Sohnes), sowie auch durch Misshandlung unseres Sclaven.

II. Die XII Tafeln setzten Capitalstrafe darauf, „si quis occentavisset (d. i. wie Festus[3]) definirt, = convicium fe-

§. 212. 1) Gai. III. 220—25; Paul. S. R. V. 4; Gell. XX. 1; Collat. 2; Inst. IV. 4; Dig. XLVII. 10; Cod. IX. 35; Seitz, Untersuchungen über die heutige Schmerzensgeldklage. Erlangen 1860. — 2) Cf. l. 44. D. h. t. XLVII. 10. — 3) Festus s. v. occentare.

cisset, d. h. wenn Mehrere mit lautem Geschrei vor dem Hause Jemandes denselben verhöhnen) sive carmen (Schmähschrift, Pasquill) condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri"[3a]). Ein os fractum aut collisum bestraften sie mit 300 asses, wenn ein freier Mensch, und mit 150, wenn ein fremder Sclave verletzt war; ein membrum ruptum mit Talion, sonstige Injurien mit einer Geldstrafe von 25 asses.

III. Schon früh setzte der Prätor (veranlasst durch die vecordia des Lucius Neratius)[4]) an die Stelle dieser Strafen eine intra annum utilem anzustellende *actio iniuriarum aestimatoria* vor Recuperatoren und zwar auf arbiträre Geldstrafe, indem der Kläger den Anschlag machte, den die Richter ermässigen konnten; atroces iniurias taxirte der Prätor selbst.

IV. Eine *lex Cornelia* von Sulla vom Jahr 673 d. St., die sicher nicht ein Theil der lex Cornelia de sicariis, sondern eine selbstständige lex war[5]), gewährte für die Fälle, si quis verberaverit, pulsaverit, vi domum introiverit, eine Criminalanklage oder statt dieser, nach Wahl des Verletzten, eine zu arbiträrer, je nach der Grösse der zugefügten Verletzung und der Intensivität des dolus zu bemessende[6]), Geldstrafe zu Gunsten des Klägers führende *actio legis Corneliae* während 30 Jahren[7]). Im neueren R. bildete sich der Grundsatz aus, dass über diese drei Fälle der lex Cornelia hinaus jeder Injuriirte extra ordinem eine öffentliche Strafe verlangen dürfe[8]). Die Praxis der neueren Zeit gewährte auch als Privatstrafe und als Ersatz für ausgestandene Schmerzen oder erlittene Verunstaltung (bei Freien) einen Anspruch auf Schmerzensgelder (sog. Schmerzensgeldklage) oder Narbengelder, ein Anspruch, der, dem römischem Recht gänzlich fremd ist (denn „liberum corpus nullam recipit aestimationem"), und nach der *Carolina*[9]) eigentlich nur den „on die bewisen anzeygung" Gefolterten zur „ersetzung von schmach, schmerzen, kosten und schaden" zustand. Die heutige gemeinrechtliche Geltung der Schmerzensgeldklage ist bestritten[10]).

3a) Cic. de republ. IV. 10. §. 33. — 4) Cf. Gell. XX. 1. §. 13. — 5) Cf. l. 5. de iniur. XLVII. 10; l. 12. §. 4. de accusat. XLVIII. 2. — 6) Es wird in der lex Cornelia das cum dolore caedere (das verberare) besonders herausgehoben. L. 5, §. 1 de iniur. XLVII. 10. Vgl. Wächter in der oben §. 208 in der letzten Note cit. Schrift S. 76. — 7) §. 8. Inst. h. t. IV. 4; l. 37. §. 1; l. 5 sqq. D. h. XLVII. 10. — 8) Hermog. l. 45. h. t. XLVII. 10; §. 10. Inst. h. t. IV. 4. — 9) C. C. C. Art. 20 f. —

10) Wächter gelangt in der oben §. 208. Note 8. cit. Schrift zu folgendem Resultate (vgl. das S. 85 ff.): „So weit das ehemalige gemeine Recht noch

V. Auch entstand im klassischen Rechte in dem extraordinarium crimen *stellionatus* eine Aushülfe für solche dolose Vermögensrechts-Verletzungen, bei denen ein Bestandtheil der iniuria, des furtum oder des falsum nicht erfüllt war[11]). Was im Civilrechte die actio de dolo war, sollte[12]) die stellionatus persecutio im Strafrechte sein.

§. 213. Die übrigen römischen Privatdelicte im Einzelnen.

I. Schon die XII Tafeln gewährten wegen heimlichen Baumfrevels eine *actio arborum furtim caesarum* auf das duplum[1]).

II. Gegen den *mensor*, *qui falsum modum dixerit*, ging eine *actio in factum* auf Schadensersatz[2]).

in den einzelnen deutschen Staaten als subsidiäres Landrecht Geltung hat, gilt auch in ihnen das angeführte Recht auf Schmerzensgeld (wenn nicht das betreffende Particularrecht es ausdrücklich aufgehoben hat, wie z. B. das Würtembergische Gesetz vom 5. September 1839 über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen); es kann dasselbe in dem betreffenden Lande, sowie in den Ländern, durch deren Particularrecht das Schmerzensgeld als Ersatz ausdrücklich anerkannt ist, wie in Sachsen, wenn die Ersatzklage wegen Körperverletzungen beim Civilrichter angebracht wird, mit dem Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens geltend gemacht werden. Stellt aber der Verletzte bei dem Strafrichter das Verlangen auf Busse, so hat der Richter die doppelte Function unserer Busse, die der Privatstrafe und des Ersatzes zu beachten, und a) in den Ländern, in welchen das Schmerzensgeld noch gilt, bei der Function des Ersatzes dasselbe auch nach den von Wächter a. a. O. S. 75. angedeuteten Gesichtspunkten [nämlich „lediglich nach Art und Grösse der Schmerzen des Verletzten, nicht nach Art und Grösse der Schuld des Verletzers"] in Anschlag zu bringen; b) in den Ländern aber, in welchen das Schmerzensgeld als Ersatz für erlittene Schmerzen nicht mehr gilt, nur als Strafmoment in der von Wächter a. a. O. S. 76. bemerkten Weise zu behandeln [nämlich „es muss das Schmerzensgeld sich dann nach Art und Schwere des begangenen Verbrechens bestimmen, also da es sich hier um dolose Körperverletzungen handelt, je nach deren Strafbarkeit an sich und der Intensivität des dolus des Thäters"], so dass wenn ein anderweiter Schaden (Curkosten, Arbeitsversäumnisse u. dgl.) bei einer Körperverletzung nicht eingetreten ist, dann die zu erkennende Busse bloss die Function einer Privatstrafe hat, deren Betrag ganz nach denselben Gesichtspunkten auszumessen ist, welche früher bei der ästimatorischen Injurienklage bestimmend waren. Das Schmerzensgeld kommt dann auch hier blos als eines der die Höhe der Privatstrafe bestimmenden Momente in Anschlag."

11) Dig. XLVII. 20. stellionatus; Cod. IX. 34. de crimine stellionatus. — 12) Nach l. 3. §. 1. D. stellion. XLVII. 10.

§. 213. 1) Dig. h. t. XLVII. 7. — 2) Dig. XI. 6.

III. Wenn Jemand am Begräbnisse gehindert wird, hat er zur Erzwingung desselben ein *interdictum de mortuo inferendo*, oder wenn er den Todten desshalb wo anders hin begraben musste, eine aktiv und passiv vererbliche actio in factum auf Schadenersatz. Ein *interdictum de sepulcro aedificando* geht auf Beseitigung von Hindernissen bei Errichtung oder Ausbesserung eines Grabmals[3]). Gegen den, welcher ein Grabmal beschädigt, geht eine *popularis actio sepulcri violati*[4]) auf 100 aurei, und bestand die Beschädigung in der Umwandlung des sepulcrum in eine Wohnung, auf 200 aurei. Gegen den, der an einem Orte begräbt, wohin er nicht das Recht hat, geht eine *actio in factum de mortuo illato* auf vollen Schadensersatz, oder Wegnahme des Leichnams und ausserdem noch arbiträre Geldstrafe[5]).

IV. Eine *actio viae receptae* auf Schadensersatz geht gegen den, welcher einen öffentlichen Weg in ein Privatgrundstück hineindrängte[6]).

V. Gegen Pächter öffentlicher Einkünfte (publicani) kann wegen der von ihnen oder ihren Dienern in Bezug auf ihr Geschäft verübten Beschädigungen innerhalb eines Jahres, wenn sie nicht freiwillig Ersatz leisten, auf das Doppelte, post annum auf's Einfache geklagt werden[7]).

VI. Beschädigung von Sachen bei einem Auflauf von mehr als 10 Personen (damnum turba datum) erzeugt eine actio in factum, welche intra annum auf das duplum und post annum auf's simplum geht, und zwar alternativ gegen den Thäter oder den auctor turbae[8]).

VII. Beschädigung oder Diebstahl bei Gelegenheit besonderer Calamitäten *(incendium, ruina, naufragium)* erzeugt eine actio in factum, welche intra annum auf das quadruplum, post annum auf das simplum geht[9]).

Auch in den Fällen unter nr. I—VII findet nach heutigem Rechte nur ein Anspruch auf Schadenersatz, keine Privatstrafe mehr statt, zum Theil aber im öffentlichen Interesse criminelle Ahndung seitens des Staates.

VIII. Wenn ein Thier contra naturam sui generis Jemanden beschädigt, so hat der Beschädigte gegen den Eigenthümer schon nach den XII Tafeln die *actio de pauperie, actio quadrupedaria* auf

3) Dig. XI. 8. de mortuo inferendo et sepulcro aedificando. — 4) De sepulcro violato: Dig. XLVII. 12. Cod. XI. 19. — 5) Dig. XI. 7. de religiosis et sumtibus funerum et ut funus ducere liceat. — 6) Paul. l. 3. pr. de via publ. XLIII. 11. — 7) L. 1—6. de publicanis. XXXIX. 4. — 8) L. 4. vi bon. rapt. XLVII. 8. — 9) L. 1. pr. de incendio. XLII. 9.

Ersatz[10]). Eine *lex Pesulania* verordnete dasselbe auch *de cane*[11]). Eine eigene Klage mit derselben Wirkung, die *actio de pastu* ist schon nach den XII Tafeln begründet, wenn ein Thier ohne positives Verschulden eines Menschen fremde Früchte abgeweidet hat[12]). Liess Jemand auf sein Eigenthum vom nachbarlichen Grundstücke hinübergefallene Baumfrüchte aufweiden, so war eine actio in factum auf Ersatz begründet[13]). Wegen Beschädigungen durch wilde Thiere haftete man; falls man dieselben schlecht hütete, nach dem ädilicischen Edicte auf das duplum[14]).

IX. Wenn ein Beklagter von einem Dritten gehindert wird, vor Gericht zu erscheinen, so hat der Kläger gegen diesen Dritten eine Klage auf Ersatz[15]). Wegen unerlaubter in ius vocatio gab der Prätor eine Strafklage auf 50 aurei[16]).

X. Wenn eine Veräusserung arglistiger Weise geschah, um für einen künftigen Prozess dem Kläger die Klage zu erschweren, so kann gegen den neuen Erwerber geklagt werden; aber wenn man von diesem leer ausgeht, so hält man sich an den Veräusserer[17]).

XI. Zur Anfechtung von Veräusserungen, die der Schuldner in der Absicht die Gläubiger zu verkürzen *(consilio fraudandorum creditorum)* vornahm, haben die dadurch verkürzten Gläubiger, wenn Derjenige, an welchen der Schuldner veräusserte, *conscius, particeps fraudis est*, d. h. wusste, dass der Schuldner in der Absicht, die Gläubiger zu verkürzen, veräusserte, vier Rechtsmittel[18]):

10) Inst. IV. 9. Dig. IX. 1. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur; s. auch o. §. 114. nr. II. 4. S. 221. — 11) L. 4. h. t. — 12) L. 14. i. f. de praescr. verb. XIX. 5.; l. 6. Cod. de lege Aquil. III. 38. — 13) L. 14. cit. §. 3. — 14) L. 1. §. 10. si quadrup. IX. 1; §. 1. Inst. eod. IV. 9; l. 40. §. 1. — l. 42. de aed. ed. XXII. 1; Paul. S. R. I. 15. §. 2. — Bruns in Holtzendorff's Enc. §. 59. nr. II. S. 394. — 15) Dig. II. 7. ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat. — 16) Gai. IV. 183. 187; §. 3. Inst. de poena temere litig. IV. 16; l. 4. §. 1; l. 5 sqq. D. de in ius vocatione. II. 4; s. o. §. 122. nr. I. S. 253. — 17) Dig. IV. 7; Cod. II. 55. [54.] de alienatione iud. mutandi causa facta.

18) Vgl. Dig. XLII. 8. [9.]. quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur; Cod. VII. 75. de revocandis his quae in fraudem creditorum alienata sunt; Vangerow III. §. 697; Windscheid, II. §. 463; Arndts §. 222; Reinhart, Die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger. Winterthur 1871; Zürcher, Die actio Pauliana. Zürich 1872; Schönemann, Die Paulianische Klage wegen Veräusserungen zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheile der Gläubiger. Gera 1873; Hasenbalg, Zur Lehre von der actio Pauliana, insbesondere unter welchen Voraussetzungen kann ein vom Schuld-

1. eine *exceptio doli*, wenn aus dem Geschäfte die Leistung noch nicht erfolgt ist[19]);

2. eine *actio in factum Pauliana* auf Anfechtung der Veräusserung[20]). Diese Klage wurde in einem Edicte des Prätors Paulus (wohl schon vor L. Aemilius Paulus im J. 563 d. St.[21]), jedenfalls noch vor Cicero)[22]), eingeführt. Sie ist eine actio in personam[23])

ner bestelltes Pfandrecht erfolgreich mittels der gedachten Klage angegriffen werden? Berlin 1874; Fischer, Anwendbarkeit der actio Pauliana auf Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt und Pfandbestellung. Paderborn 1875. S. 12, s. auch die o. §. 135. Note 11 Citt.

19) L. 25 de reb. auct. iud. XLII. 5. — 20) Nicht auch wegen blosser Abweisung eines Erwerbes. L. 6. pr. §. 1—4. h. t.

21) So nimmt mit Rudorff (s. o. §. 135 Note 11.) Reinhart a. a. O. S. 16, 49, Note 1, S. 67 an, während früher Rudorff, Röm. Rgsch. Bd. II. §. 91. Note 2 (arg. l. 2. §. 40. de O. I. I. 2.) an Paulus Verginius, den Zeitgenossen des Rutilius gegen d. J. 650 d. St. zu denken schien.

22) Cic. ad Attic. I. 1. §. 3.

23) Als actio in personam wird die actio Pauliana von Jul. Paulus in l. 38. §. 4. ausdrücklich bezeichnet, während Theophilus zu §. 6. Inst. de act. IV. 6. eine nach dieser Institutionenstelle (vgl. darüber u. den Schluss von nr. XI. 4. S. 524.) den Gläubigern zustehende petitio, also dingliche Klage auf Wiedererlangung der vom Schuldner betrügerisch veräusserten Sachen („dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse") als die actio Pauliana auffasst. Die Auctorität des klassischen Juristen Paulus geht aber hier sicher der des Theophilus vor, der zu dieser unrichtigen Auffassung wohl durch Aussprüche wie in l. 14. h. t.: „hac in factum actione non solum *dominia revocantur*", verleitet sein mag. Vgl. Fischer a. a. O. S. 3. Note 2 zu S. 2. — Viele haben aus §. 6. Inst. cit. eine besondere von der Pauliana verschiedene † rescissoria in rem *actio* herleiten wollen. Huschke in der Giess. Ztschr. N. F. XIV. 1. behauptete (arg. l. 1. pr. h. t. und §. 6. Inst. cit.), die *Pauliana actio* sei eine universalis (ficticia) in rem actio, welche vor wie nach dem Verkaufe des Vermögens des Schuldners angestellt werden könne, und vermöge deren die betrügerische Veräusserung als nicht geschehen und das Veräusserte als in dem Vermögen des Schuldners geblieben behandelt werde; dazu sei dann später ein nur vor dem Vermögensverkaufe anwendbares *interdictum fraudatorium* wegen aller vom Schuldner mit Wissen eines Anderen vorgenommenen Vermögensminderungen zu dem Zwecke eingeführt worden, damit die Gläubiger das Veräusserte schnell wieder herbeischaffen und noch mit dem übrigen Vermögen des Schuldners hätten zum Verkauf bringen können, und endlich sei zur Ergänzung dieses Interdicts noch eine *personalis in factum* actio arbitraria eingeführt worden, welche erst nach dem Vermögensverkaufe, aber in demselben Umfange, wie das Interdict, ausserdem jedoch nach Umständen auch gegen dritte, nicht des Betrugs kundig gewesene Contrahenten und gegen den fraudulösen Schuldner selbst zulässig sei. Jedenfalls tritt aber im Justinian. Rechte die Zulässigkeit einer eigenen dinglichen Klage in unserem Falle nach dem in dieser Note oben Bemerkten nicht deutlich genug hervor und ebensowenig der von Huschke hervorgehobene materielle Unterschied

ex delicto und zwar eine actio arbitraria[24]). Zur Anstellung der actio Pauliana berechtigt[25]) sind nicht bloss die benachtheiligten Gläubiger, zu deren Schädigung die Veräusserung vorgenommen wurde, sondern auch deren Erben[26]) und Cessionare[27]) und als Cessionar auch im vorjustinianischen Rechte der bonorum emtor[28]), ferner nach Abschaffung der bonorum emtio seit der Justinianischen Regulirung des Concursverfahrens der curator bonorum[29]); auch die späteren Gläubiger können die Klage anstellen, mit deren Gelde der Gemeinschuldner die früheren Gläubiger, zu deren Benachtheiligung er die fraudulöse Veräusserung vorgenommen hatte, befriedigte[30]). Die Klage geht einerseits gegen den fraudulösen Schuldner selbst, besonders um ihn dadurch zu strafen, dass er die Vortheile der cessio bonorum, des † beneficium competentiae und der Befreiung von der Personalhaft (so lange letztere bei den Römern vorkam) verlor[31]). Andererseits aber, und das ist der jetzt fast allein praktische Fall, geht die Klage gegen den der Mitwissenschaft des Betrugs zu überführenden Mitcontrahenten auf ein *restituere*, d. h. damit Alles so gehalten werde, wie wenn das Geschäft nicht abgeschlossen worden wäre: der Beklagte muss alles Empfangene mit Zubehör, soweit es zur Befriedigung der Gläubiger nöthig ist, herausgeben, ohne dass er die dem Schuldner gemachte Gegenleistung zurückfordern kann, sofern diese nicht mehr in dem Vermögen des Schuldners vorhanden ist[32]). Jedoch nach Verfluss eines annus utilis[33]) seit dem Verkauf des Vermögens des Schuldners geht die actio Pauliana nur mehr auf die bei dem Beklagten noch vorhandene Bereicherung[34]), und die Erben des fraudulösen Erwerbers haften überhaupt nur nach der für Delictsansprüche geltenden Regel[35]). Gegen den Empfänger des fraudulös Veräusserten, der die betrügerische Absicht der Vermögensminderung nicht kannte, ist die actio Pauliana ebenfalls zulässig, aber von vorneherein nur auf die bei ihm noch vorhandene Bereicherung[36]). Mit

der drei Klagen, und die formelle Verschiedenheit ist jedenfalls im heutigen Rechte weggefallen. Vgl. Arndts Pand. §. 228. Anm. 1; Reinhart a. a. O. S. 8—75.

24) Vgl. l. 7. 8. 10. §§. 22. 23. l. 14. 17 pr. l. 25. §§. 1. 4—6. h. t. — 25) L. 10. §§. 1. 6. 7. 8. 25. h. t. — 26) L. 10. §. 25. h. t. Seuffert's Archiv. IX. 356. — 27) Seuffert's Archiv XV. 6. — 28) Vgl. o. §. 135. S. 284 f. — 29) Vgl. o. §. 135 a. E. S. 286; §. 186. S. 449; l. 1. pr. h. t. — 30) L. 10. §. 1. l. 15. 16. h. t. — 31) Vgl. o. §. 135. S. 284 ff. l. 1. pr. l. 25. §. 7. h. t.; l. 10. §. 24. eod. — 32) L. 7. 8. h. t. — 33) L. 10. §. 10, l. 6. §. 14. h. t. l. 1. pr. eod.; Seuffert's Archiv XVIII. 288, XIX. 290 f. — 34) L. 10. §. 24. h. t. — 35) L. 10. §. 25. l. 11. h. t. Vgl. o. §. 116. S. 237. — 36) L. 10. pr. h. t.; l. 5. Cod. h. t. Vgl. l. 6. §. 11. Dig. l. 3. Cod. h. t.; l. 6. §. 13. h. t.; l. 10. §. 14; l. 25. §. 1. 2. h. t.; l. 6, §. 12; l. 10. §. 5; l. 25. pr. h. t.; l. 6. §. 10—12; l. 10. §. 5. h. t.; Seuffert's Archiv XI. 106. XVI. 273.

der actio Pauliana können übrigens nach römischem Rechte auch Pfandbestellungen angefochten werden, welche in fraudem creditorum vorgenommen sind[37]), während nach heutigem Rechte die Anfechtbarkeit eines vom Schuldner für eine rechtsgültige, fällige, klagbare und unanfechtbare Schuld bestellten Pfandrechts desshalb ausgeschlossen ist, weil jetzt bei dem gerichtlichen Verkaufe der Pfandobjekte und wegen der Theilnahme der Pfandgläubiger am Concurse die objektive Möglichkeit einer fraus ausgeschlossen ist[38]). Die Zahlung[39]) einer rechtsgültigen, fälligen, (wenn auch nur naturalen)[40]) Schuld oder datio in solutum[41]) zur Befriedigung einer solchen kann nicht durch die actio Pauliana angefochten werden, wenn sie auch in der dem Empfänger bekannten Absicht geschah, diesem auf Kosten der übrigen Gläubiger einen Vortheil zu verschaffen[42]). Sogar die vorzeitige Zahlung einer Schuld kann dann angefochten werden, wenn und soweit der Gläubiger dadurch mehr als er zu fordern hatte, z. B. den künftigen Nominalbetrag ohne Abzug des Interusuriums, erhielt[43]). In den Fällen aber, wo die actio Pauliana begründet ist, kann dieselbe sowohl vor[44]) wie nach Eröffnung des Concurses stattfinden, vor Er-

37) L. 10. §. 13. l. 22. h. t.

38) Vgl. Fischer a. a. O. S. 57—86. — 39) L. 6. §. 7; l. 24. h. t. ff. l. 6. §. 6. cod. l. 129. de R. I. — 40) Bei Zahlung einer naturalen Schuld erhielt der Gläubiger nur „quod sibi debetur", und gilt daher auch von ihm der Satz: „Nihil dolo creditor facit, qui suum recipit." L. 6. §§. 6. 7. h. t.; l. 129. de R. I. L. 17 f.; l. 213. §. 1. de V. S. Vangerow, §. 697. Anm. nr. III. S. 627 der 7. Aufl.; Reinhart, S. 122. — Fischer, S. 36 f., hält ohne genügende innere Gründe die actio Pauliana nur dann gegen bezahlte Naturalobligationen überhaupt für unzulässig, wenn dieselben compensirt werden können, sonst soll es darauf ankommen, ob der Schuldner bei der Zahlung seiner Naturalobligation zunächst die Erfüllung seiner Verbindlichkeit oder die Verkürzung der übrigen Gläubiger beabsichtigt habe. Wäre diese Unterscheidung richtig, so müsste sie consequenter Weise auch bei den klagbaren Obligationen gelten.

41) Denn hier entscheidet nicht nach l. ult. quib. ex caus. in poss. eat. XLII. 4. die Analogie des Kaufes, sondern die der Zahlung. Arg. l. 176 de V. S. L. 16; l. 46. 52 de solut. XLVI. 3; l. 2. §. 1 de reb. cred. XII. 1. Vgl. auch Fischer a. a. O. S. 37 ff.

42) Die früher meistens angenommene sog. Gratificationstheorie, wonach alle zur blossen Begünstigung eines Gläubigers (per gratificationem) von dem zahlungsunfähigen Schuldner vor der Concurseröffnung geleisteten Zahlungen anfechtbar sein sollten, ist jetzt allgemein aufgegeben. Gegen dieselbe sprechen namentlich l. 6. §§. 6. 7. h. t. in Verbindung mit l. 129 de R. I.

43) L. 10. §. 12. l. 17. §. 2. h. t.

44) Dass die actio Pauliana schon vor Eröffnung des Concurses angestellt werden könne, wird allerdings von Vielen bestritten. Regelmässig

öffnung des Concurses von jedem einzelnen verkürzten Gläubiger[45], nachher nur von der Gesammtheit der Gläubiger, beziehungsweise deren Vertreter[46]. Nach heutigem Rechte ist die erst nach Eröffnung des Concurses vorgenommene Vermögensverminderung ohne Weiteres nichtig[47]; jedoch ist dadurch der persönliche Anspruch der Gläubiger nicht ausgeschlossen, und kann derselbe namentlich dann für dieselben von Wichtigkeit sein, wenn der Erwerber das Empfangene nicht mehr besitzt, sowie in Betreff der nicht gezogenen Früchte[48]. — In gar keiner Beziehung zur actio Pauliana steht das ausserordentliche Recht des Fiscus zu seiner Befriedigung von dem Gläubiger seines Schuldners die Rückgabe von Zahlungen zu verlangen, die Letzterer an Ersteren gemacht hat, nachdem er bereits Schuldner des Fiscus war, wobei es nämlich einerlei ist, ob der Empfänger wusste, dass auch der Fiscus Gläubiger seines Schuldners war oder nicht, und ob der Empfänger zur Zeit der Klaganstellung das Empfangene bereits in gutem Glauben consumirt hatte oder nicht[49].

3. Neben der actio Pauliana kommt im klassischen Rechte

wird dieselbe allerdings erst nach Eröffnung des Concurses angestellt werden. Aber es kann auch schon vorher die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auf unzweifelhafte Weise constatirt sein, und die Quellen führen die gerichtliche Einweisung der Gläubiger in das Vermögen des Schuldners, sowie den etwa schon erfolgten Verkauf desselben nur als Beispiele, nirgends als allein mögliche Fälle der für die actio Pauliana vorausgesetzten Constatirung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auf. Im Gegentheil deutet das Edict in l. 1. pr. mit den Worten: „curator bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, actionem dabo" auch auf Fälle, wo ausser dem Güterpfleger auch sonst, also abgesehen vom Concursverfahren, die actio Pauliana vom einzelnen Gläubiger angestellt werden kann. Auch in l. 10. §. 6. 7. h. t. wird eine Mehrheit von Gläubigern, wie sie doch gerade zum Wesen des Concurses gehört, nicht für erforderlich erklärt. Vgl. auch u. die folgende Note. Windscheid, Pand. §. 463, Note 26; Schönemann a. a. O. S. 32—35.

45) Ein einzelner Gläubiger erscheint als Kläger in l. 10. §. 6. 7 cit.; l. 1. Cod. h. t.; l.; l. 96 pr. de solut. XLVI. 3; l. 1 Cod. Theod. de integri rest. II. 16.

46) L. 1. pr. h. t. cit. Vgl. die vorletzte Note; Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern N. F. X, S. 129 ff. (gegen Seuffert, Archiv XIX. 96.) und die bei Schönemann S. 35. Note 5 cit. Erkenntnisse.

47) Vgl. Bayer, Concursprozess §. 23 f.; Franke im Archiv f. civ. Praxis. Bd. 16. (1833) S. 229 f.; Windscheid §. 463, Note 27. Nach römischem Rechte trat diese Nichtigkeit nicht ein. Vgl. l. 9 mit l. 10. §. 16. h. t. — 48) Windscheid a. a. O.

49) Vgl. l. 18. §. 10, l. 21, l. 45. pr. de iure fisci XLIX. 14; Fischer a. a. O. S. 89 ff.

ein wohl von demselben Prätor Aemilius Paulus eingeführtes [50]) *interdictum* (adipiscendae possessionis) *fraudatorium* vor, welches unter denselben materiellen Voraussetzungen dasselbe Ziel verfolgt und nur etwa insofern sich als besonderes Rechtsmittel neben der actio Pauliana erklären lässt, als es in solchen Fällen angewandt wurde, wo eine schleunigere Rechtshülfe nöthig schien [51]). Im justinianischen Rechte scheinen actio Pauliana und interdictum fraudatorium zu einem einzigen Rechtsmittel vereinigt zu sein [52]). In der heutigen Praxis ist aber anstatt des fraudatorischen Interdicts ein summarisches Verfahren üblich, um betrügerisch Veräussertes provisorisch gegen blosse Bescheinigung zur Concursmasse einzuziehen [53]).

4. Die verkürzten, in die bona des Schuldners eingewiesenen Gläubiger können endlich durch eine *in integrum restitutio propter dolum* binnen vier Jahren von der Veräusserung an dieselbe rückgängig machen [54]).

XII. Das prätorische Edict gab eine Klage wegen Verführung eines Sclaven *(de servo corrupto)*. Gegen den Verführer eines Hauskindes geht eine *actio utilis de servo corrupto* auf das duplum [55]).

XIII. Gegen den, welcher einen freien Menschen gefangen hält, geht eine Popularklage, das *interdictum de homine libero exhibendo*, alternativ mit der Criminalklage aus der *lex Fabia* [56]).

XIV. Wer ein obrigkeitliches Placat verletzte *(album corruptum)*, gegen den ging eine Popularklage auf 500 aurei [57]). Heutzutage tritt da eine kleine öffentliche Strafe ein.

XV. Wegen widerrechtlicher Eröffnung eines Testamentes gab das S. C. Silanianum eine Klage auf 100 aurei [58]).

50) Vgl. Reinhart a. a. O. S. 49, 55 ff. Gegen die Ansicht Rudorff's und Huschke's, dass das interdictum fraudatorium von P. Antilius Rufus geschaffen worden sei, vgl. Reinhart S. 42 ff. — 51) Reinhart S. 45 ff., 55 ff., 69 f.

52) Dafür spricht der Umstand, dass in dem ex professo diese Materie behandelnden Pandekten-Titel (XLII. 8. quae in fraud. cred.) die Stellen, welche über die actio Pauliana und solche, die über das interd. fraudatorium handeln, unterschiedslos durcheinander aufgenommen sind. Vgl. Fischer a. a. O. S. 2, Note 2. — 53) Vgl. Arndts Pand. §. 222. Anm. 1 a. E. — 54) Darauf deutet §. 6. Inst. de act. IV. 6. mit den Worten: „Rescissa traditione eam rem petere.“ Vgl. Keller, Pand. §. 369. — 55) Dig. XI. 3. de servo corrupto; Cod. VI. 2. de furtis et servo corrupto. — 56) Dig. XLIII. 29. de libero homine exhibendo; Cod. VIII. 8. — 57) Ulp. l. 7. pr. de iurisd. II. 1. — 58) L. 3. §. 18 sqq.; l. 25. §. 2. de S. C. Silan. XXIX. 5.

XVI. Ueber die *cautio damni infecti nomine* wurde bereits oben gehandelt[59]).

§. 214. Die operis novi nunciatio und prohibitio insbesondere.

I. Wenn ein mit dem Grund und Boden zusammenhängendes neues Werk (opus novum in solo) angefangen, aber noch nicht vollendet ist, so kann, wenn das Werk dem öffentlichen Interesse nachtheilig ist, ein Jeder, oder wenn das Werk mit dem Rechte eines Grundeigenthümers oder eines Prädialservitut-Berechtigten in Widerspruch steht, so kann dieser Eigenthümer oder Prädialservitut-Berechtigte oder statt seiner der bonae fidei possessor, der Usufructuar, der Emphyteuta, der Superficiar und der Pfandgläubiger (nicht aber der eine Miteigenthümer gegen den andern, und auch nicht der Miether oder Pächter, oder wer sonst bloss ein persönliches Recht an dem durch den Neubau bedrohten Grundstücke hat) im alten Rechte eine feierliche vor Zeugen geschehende, im neueren Rechte eine formlose *operis novi nunciatio*[1]) vornehmen, d. h. ankündigen, dass er sich der Ausführung des unternommenen opus von Rechtswegen widersetze. Darin liegt stillschweigend die Erklärung eingeschlossen, dass man, wofern es nöthig sei, sein Recht der Einsprache klagend ausführen werde. Man kann die nunciatio in eigener Person oder durch einen Stellvertreter vornehmen; der Stellvertreter muss aber de rato caviren. Die nunciatio muss an Ort und Stelle des neuen Werks selbst geschehen (in re praesenti), und wenn der Einspruch sich nur auf einzelne Theile des opus beziehen soll, müssen dieselben genau bezeichnet werden. Gegen den Eigenthümer hat man aber, wenn dieser das opus novum auf seinem Grundstück errichtet, keine o. n. n.

Die Wirkungen der nunciatio sind, dass das Werk von Niemandem fortgesetzt werden darf (die operis novi nunc. wirkt *in rem*), ausser wenn die Fortsetzung im öffentlichen Interesse nöthig, oder wenn Gefahr im Verzug ist. In solchen Fällen soll aber der Nunciat bei dem Richter anfragen, „an talia opera sint, ut contemni nunciatio deberet." Ist sonst dennoch entgegen der o. n. n. der Bau fortgeführt, so hat der Nunciant (aber nur dieser in Person,

59) Vgl. o. §. 139. nr. III.; Burckhard in der Forts. der Glück'schen Erläut. der Pand., Serie der Bücher 39 u. 40. Zweiter Theil. Erlangen 1875.

§. 214. 1) *Lex Rubria* cap. 19; Dig. XXXIX. 1; Cod. VIII. 11; Libr. x. V. 32. h. t.; Vangerow III. §. 676; Keller, Pand. §. 186; Stölzel, Lehre von der op. n. n. und dem intd. quod vi aut clam. Cassel 1865; Burckhard in der Forts. der Glück'schen Erläut. der Pand., Serie der Bücher 39 u. 40. Erster Theil. Erlangen 1871.

nicht auch dessen Singularsuccessor, und auch dessen Erbe nur dann, wenn schon bei Lebzeiten des Erblassers entgegen der nunciatio das Bauwerk fortgeführt war) ein intd. restitutorium, welches die Neueren *intd.* † *demolitorium* nennen, auf Wiederherstellung des früheren Zustandes. Dabei kommt Nichts darauf an, ob die Einsprache begründet war oder nicht. Der Kläger braucht hierbei bloss sein Recht an dem bedrohten Grundstücke und die rite vorgenommene nunciatio zu beweisen. Der Beklagte muss das Werk auf eigene Kosten wegschaffen, es sei denn, dass er bloss Nachfolger des Nunciaten wäre; dann kann er nur angehalten werden, dem Kläger „patientiam destruendi operis" zu leisten. Unter welchen Voraussetzungen mit dem intd. demolitorium das intd. Quod vi aut clam concurrirt, s. in folg. Nr.

Die Wirkungen der o. n. n. können aufgehoben werden durch Verzicht des Nuncianten, soweit dabei nicht ein öffentliches Interesse betheiligt ist. Vor Justinian scheint die nunciatio auch von selbst nach Ablauf eines Jahres kraftlos geworden zu sein, wenn der Nunciant nicht innerhalb dieser Zeit ein sein ius prohibendi anerkennendes Urtheil erwirkt hatte. Dieses ist aber von Justinian[1a]) aufgehoben. Die Nunciation kann noch ferner kraftlos werden durch eine auf Verlangen des Nuncianten vom Magistrate gewährte *remissio*[2]), falls die angegebenen Bedingungen der o. n. n. fehlen, oder der Nunciant das von ihm verlangte iusiurandum de calumnia verweigert, oder derjenige, welcher procuratorio nomine die nunciatio vornahm, die cautio de rato nicht leistet. Das Verfahren über die Aufrechthaltung oder remissio der o. n. n. geschah extra ordinem und ist summarisch. Die Entscheidung darüber lässt jedoch den ordentlichen Prozess (actio confessoria, negatoria etc.) über das Recht der Einsprache (ius prohibendi) noch offen. Auch erlischt die o. n. n. ipso iure durch die stipulatio ex operis novi nunciatione, d. h. wenn der Nunciant verspricht und eine cautio († de demoliendo), in der Regel Satisdation, dafür leistet, dass er den früheren Zustand wiederherstellen und allen Schaden ersetzen werde, falls dem Nuncianten das Recht der Einsprache zustehe. Wird nun diese Caution wirklich geleistet oder ohne Grund von dem Nuncianten nicht angenommen, so tritt von selbst die Wirkung ein, wie wenn der Richter eine remissio vorgenommen hätte. Gegen eine Verhinderung des Baues durch den Nuncianten nach geleisteter Caution wird der Nunciat durch ein eigenes intd. prohibitorium geschützt. Justinian[3]) bestimmte aber, es solle der Nunciant nicht mehr verbun-

1a) L. un. Cod. de operis novi nunc. VIII. 11. — 2) Dig. XLIII. 25. [24.] de remissionibus. — 3) L. un. Cod. h. t. cit.

den sein, sofort gegen Cautionsleistung das Werk fortgehen zu lassen, sondern erst dann, wenn der auf die nunciatio folgende Prozess über das ius prohibendi sich in die Länge ziehe und schon über drei Monate dauere. Endlich erlischt die o. n. n. auch durch Veräusserung des Grundstücks von Seiten des Nuncianten oder sonstige Erlöschung des Rechtes desselben an dem bedrohten Grundstücke, sowie durch den Tod desselben.

II. Wenn an einem Grundstücke Veränderungen, sei es durch Bauten, sei es durch Abhauen von Bäumen, Weinstöcken oder Gesträuchen oder durch ungehörige Mischung des Bodens mit Dünger, Verunreinigung von Brunnen, Umpflügen oder dgl. (nicht bloss durch Abbrechen von Blumen oder Früchten) vorgenommen werden sollen (opera in solo facienda), so kann jeder Interessent, dessen dingliches oder obligatorisches Recht an dem Grundstücke dadurch verletzt würde (der Eigenthümer, der Usufructuar, der Pächter, — jeder kraft seines eigenen Interesses) ein Verbot *(prohibitio)* durch Worte oder auch durch symbolische Handlungen, z. B. durch iactus lapilli[4]) einlegen, und wenn dann wissentlich diesem Verbote entgegen (also *vi*) jene Veränderungen dennoch vorgenommen werden, oder wenn jene Veränderungen an dem Grundstücke *clam* gemacht sind, z. B. auch nur die vorherige Anzeige in dem Falle, dass man einen Widerspruch vorhersehen konnte, unterlassen ist: so ist wegen der gewaltsamen oder heimlichen, einerlei ob mit oder ohne Recht geschehenen Veränderung an dem Grundstücke, ein interd. restitutorium *Quod vi aut clam*[5]) auf Wiederherstellung des früheren Zustandes und Schadensersatz begründet. Kläger dabei ist jeder Benachtheiligte, wenn er auch nicht gerade selbst die prohibitio eingelegt hat. Auch braucht der Kläger nicht zur Zeit der Anstellung des Interdictes Besitzer oder detentor des betreffenden Grundstückes zu sein, wenn er es nur zur Zeit der fraglichen Veränderung gewesen ist. Gegen den Besitzer des Grundstückes, der zugleich selbst Urheber des Werkes ist, geht das Interdict darauf, dass er auf seine Kosten den früheren Zustand wiederherstelle, gegen den blossen Besitzer, der **nicht** zugleich Urheber des Werkes ist, nur auf Gestattung der Wiederherstellung auf Kosten des Klägers, und gegen den Thäter geht dann die Klage auf Ersatz der Kosten; ausserdem geht die Klage gegen den Thäter immer auch auf volle Leistung des Interesses, welches der Kläger durch iuramentum in litem feststellen kann. Mehrere Urheber der Veränderungen an dem Grundstücke haften solidarisch; zwischen dem

4) L. 5. §. 10. de O. N. N. XXXIX. 1; l. 1. §. 6; l. 20. §. 1. Quod vi XLIII. 24. — 5) **Dig.** LXIII. 24; **Vangerow** III. §. 677; **Keller**, Pand. §. 188 f.; **Stölzel** a. a. O.

physischen Urheber und dessen Mandanten hat der Kläger die Wahl. Der Erbe haftet nur in quantum ad eum pervenit. Wenn seit der Veränderung des Grundstückes ein annus utilis verstrichen ist, so geht das Interdict, falls nicht seine verspätete Anstellung einen besonderen Entschuldigungsgrund hat, in Betreff des Schadensersatzes nur in quantum ad reum pervenit. Der Beklagte kann als wirksame Exceptionen vorschützen: die nachherige Gestattung des opus von Seiten des Klägers, dringende Gefahr als Veranlassung des Werkes, die Voraussetzungen einer erlaubten Selbsthülfe. Während die o. n. n. in rem geht d. h. dem Werke selbst gleichsam einen Bann auflegt und daher das intd. † demolitorium selbst gegen den angestellt werden kann, der in völlig gutem Glauben die Anlage fortsetzte, wirkt die prohibitio nur in personam, und geht daher das intd. Quod vi aut clam nicht gegen denjenigen, der das opus errichtet, ohne von der prohibitio etwas zu wissen. Jedoch ist die prohibitio wieder vortheilhafter als die o. n. n., insofern als der Nunciant auf Verlangen des Nunciaten die Klägerrolle übernehmen und sein jus prohibendi gegenüber diesem wie gegen einen Bezitzer darthun muss, während sich dieses bei der prohibitio umgekehrt verhält, indem hier der prohibitus als Kläger auftreten muss, um die Wirkung der prohibitio aufzuheben.

§. 215. Von den Quasi-Delicten [1]).

Zu einem Delicte gehört das Zusammentreffen von subjectiver und objectiver Illegalität. Fehlt eines von beiden, so liegt ein Quasidelict vor.

I. Die subjective Illegalität fehlt in dem Falle

1. der *actio furti adversus nautas, caupones, stabularios* [2]).

2. Wenn aus einem Zimmer etwas nach einer öffentlichen Passage hinausgegossen oder geworfen wird, so geht nach dem Edicte, selbst gegen den unschuldigen Zimmerbewohner eine Popularklage, die *actio de effusis vel deiectis* auf das Doppelte des dadurch bewirkten Schadens, oder auf Geldstrafe von 50 aurei, wenn die Tödtung eines Freien oder auf eine Strafsumme nach der Schwere des Falles, wenn eine Verwundung durch das Herausgiessen oder Werfen eingetreten war [3]). Der Zimmerbewohner kann aber mit einer actio in factum seinen Regress gegen den wirklichen Thäter nehmen [4]).

§. 215. 1) Gai. IV. 52; Inst. de obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur IV. 5; l. 5. §. 4—6. Dig. de O. et A. XLIV. 7. — 2) S. u. §. 218. nr. II. 2. S. 534 f. — 3) Vgl. auch §. 180 nr. III. S. 419. — 4) Dig. IX. 3. de his qui effuderint vel deiecerint, bes. l. 1. pr. l. 5. §. 5. h. t.; §. 1. Inst. h. t. IV. 5; l. 5. de O. et A. XLIV. 7; Glück, ad h. t. Bd. 10. S. 392 ff.

3. Im Falle der *Noxalklage*[5]).

II. Die objective Illegalität fehlt:

1. Beim *positum vel suspensum*, d. h. nach dem Edicte geht eine Popularklage † *de posito vel suspenso* auf Hinwegnahme des Hingelegten oder Hingehängten und auf 10 aurei gegen den, welcher etwas auf eine gefahrdrohende Weise hinlegt oder hängt, selbst wenn Niemand wirklich beschädigt ist[6]).

2. *Si iudex litem suam fecerit*, d. h. wenn ein Richter aus Mangel an Rechtskenntniss und Erfahrung ein ungerechtes Urtheil gefällt hatte[7]). Gegen den Richter geht desshalb eine actio in factum, die in den Reichsgesetzen sogenannte Syndicatsklage (*actio † ex syndicatu*) auf Ersatz[8]) Die Kammer Gerichts-Ordnung von 1555[9]) bestimmte, dass bloss wegen dolus und culpa lata die actio † ex syndicatu zulässig sei.

§. 216. Die Obligationes † ex lege.

Manche der hierher gehörigen Fälle, z. B. die gesetzliche Verbindlichkeit zur Zinszahlung[1]), die gesetzlichen Cautionen, z. B. cautio usufructuaria[2]), legatorum servandorum[3]), die gesetzliche Verbindlichkeit zur Dotation[4]) kommen an anderen Stellen vor. Wir erwähnen hier ferner:

1. Die Verpflichtung auf ein Vorweisen der Sache an denjenigen, der ein vermögensrechtliches Interesse auf die Vorweisung nachweist und dadurch seine *actio ad exhibendum* begründet[5]). Um Vorlegung einer Urkunde oder Eröffnung einer Parteiabsicht zu erzwingen, deren Kenntniss man zum Zwecke des Rechtstreites oder zu dessen Verhütung fordern darf, hat man eine *actio in factum de edendo*[6]).

2. Die Pflicht eines Jeden zur Zeugnissablegung, welche Verpflichtung vor Justinian bloss in Criminalsachen bestand, von der aber Verwandte gegen Verwandte dispensirt sind, sowie überhaupt die durch ihr Amt zur Verschwiegenheit Verpflichteten, z. B. die Sachwalter, Beichtväter, oder nach canon. R. auch wer eidlich

5) Vgl. o. §. 114. nr. II. 4. S. 221. — 6) L. 5. §. 6, 12, 13. de his qui effud. vel deiec. IX. 3.; Glück X. S. 399 ff. — 7) Vgl. o. §. 132. nr. V. f. S. 277 f. — 8) Dig. L. 13. de extraordinariis cognitionibus et si iudex litem suam fecisse dicetur; Cod. VII. 49. de poena iudicis qui male iudicavit. — 9) K. G. O. v. 1555. I. 53. §. 10.

§. 216. 1) S. o. §. 74. nr. 3. S. 153 ff. — 2) S. o. §. 154. nr. II. S. 355. — 3) S. u. §. 278. nr. V. — 4) S. u. §. 226. nr. II. — 5) Dig. X. 4. Cod. III. 42. ad exhibendum. — 6) Dig. II. 13. Cod. II. 1. de edendo; Demelius. Die Exhibitionspflicht. Gratz 1872.

bekräftigt, dass er sonst gegen sich selbst Nachtheiliges aussagen müsste[7]).

3. Die Alimentationspflicht, welche gegenseitig zwischen Ehegatten und zwischen Ascendenten und Descendenten besteht, sowie für den libertus gegen seinen Patron, und nach canonischem Rechte auch für den Erzeuger gegen seine unehelichen Kinder, indem das canonische Recht überhaupt die uneheliche Verwandschaft anerkannte[8]).

4. Die Beerdigungspflicht. Diese trifft zunächst den Erben und bei der Ehefrau auch denjenigen, an den die Dos fällt, sodann den Vater, resp. Ehemann, eventuell die Gemeinde[9]).

§. 217. Die einseitigen Verheissungen[1]).

Durch einseitiges nicht acceptirtes Verprechen wird bereits eine obligatorische Verbindlichkeit nach Civilrecht begründet:

I. Durch Gelübde (*votum*) d. h. hier ein Versprechen einer vermögensrechtlichen Leistung zu einem frommen Zwecke. Hauskinder, impuberes und Weiber können kein votum machen, impuberes auch nicht tutore auctore[2]).

II. Durch Versprechen (*pollicitatio*) an eine civitas anlässlich einer iusta causa, z. B. bei der Wahl zu einem Ehrenamte oder bei einer besonderen Calamität der Gemeinde. Geschah das Versprechen ohne eine iusta causa, so wird eine klagbare Verbindlichkeit erst begründet, wenn die Ausführung begonnen (opus coeptum) ist. Von der Verbindlichkeit aus einer pollicitatio ob honorem facta kann sich der Pollicitant niemals anders als durch Erfüllung befreien, dagegen in allen anderen Fällen kann er sich wegen Verarmung durch Hingabe von $^1/_5$ seines Vermögens befreien, ebenso die Erben durch Hingabe von $^1/_5$, und die Descendenten als Erben können sich sogar schon durch Hingabe von $^1/_{10}$ des Nachlasses von der Ausführung des versprochenen opus frei machen.

III. Man kann hierher auch die *dotis dictio* und die *pollicitatio dotis* rechnen, insofern als bei denselben keine förmliche Acceptation nöthig war[3]).

7) Dig. XXII. 5. Cod. IV. 20. de testibus; libr. x. II. 21; J. R. A. §. 53. — 8) Dig. XXV. 3. de agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis; Cod. V. 25. de alendis liberis ab parentibus; cf. Dig. XXXIV. 3. de alimentis vel cibariis legatis; Th. Cod. XI. 27. de alimentis quae inopes parentes de publico petere possunt. — 9) S. o. §. 207. nr. III. 3. S. 508; Dig. XI. 7. de religiosis et sumtibus funerum.

§. 217. 1) Dig. L. 12. de pollicitationibus. — Gai. III. 38. Dig. XXXVIII. 1. de operis libertorum. — 2) Ulp. l. 2. de pollicit. L. 12; Forcellini lexic. h. v.; c. 2. X. de censib. III. 39. — 3) S. u. §. 226.

IV. Auch könnte man den *Versprechungseid* hierher zählen, indem dieser in gewissen Fällen schon nach röm. Rechte eine besondere obligirende Kraft hatte, nämlich bei der iurata promissio operarum liberti, d. h. wenn der Freigelassene bei der Freilassung in continenti seinem früheren Herrn Dienste zu leisten versprach[4]), ferner bei dem zu den prätorischen Stipulationen gehörigen vadimonium[5]) und bei dem beschworenen Vergleich[6]). Aber in diesen Fällen lag in der Annahme des Eides von Seiten des anderen Theiles schon die Acceptation, so dass man hier nicht von einseitigen Verheissungen, die eine klagbare Verbindlichkeit begründeten, reden kann.

V. Auch die Auslobung gehört nicht hierher[7]).

§. 218. Die Pacta[1]).

Aus einem *pactum*, d. h. einem Vertrage nach ius gentium entstand nur eine naturalis obligatio, welche nur durch exceptio, nicht durch actio geltend gemacht werden konnte, jedoch sind, wie schon[2]) oben bemerkt wurde, bereits nach röm. Rechte viele pacta, theils durch civilrechtliche, theils durch prätorischrechtliche Bestimmung klagbar (pacta † vestita) geworden. Von Alters her betrachtete man nämlich als klagbar:

I. Die *pacta † adiecta*, d. h. die Nebenverabredungen, welche einem bonae fidei negotium unmittelbar beim Abschluss desselben (in continenti) beigefügt wurden, indem man diese regelmässig mit derselben Klage, die aus dem Hauptgeschäft hervorging, geltend machen konnte[3]). Solche pacta adiecta kamen im alten Rechte bei der mancipatio und in iure cessio häufig vor, und im neueren Rechte, nach Verschwinden jener, können sie bei allen Consensualcontracten und ausser bei der mutui datio auch bei den Realcontracten, und nach heutigem Rechte (wo es nur noch bonae fidei negotia gibt) bei allen Verträgen vorkommen. Besonders häufig waren und sind solche den Inhalt des Hauptgeschäftes modificirende Nebenverabredungen bei der emtio-venditio[4]). Es gehören dahin:

1. Die *in diem addictio*, d. h. der Nebenvertrag, dass ein one-

4) Gai. III. 83; Ulp. l. 7. h. t. XXXVIII. 1. — 5) Gai. IV. 185; s. o. §. 102. III. S. 202; §. 112. S. 218; §. 122. S. 255 ff. — 6) Arc. et Honor. l. 41. Cod. de transaction. II. 4. — 7) Vgl. u. §. 218. a. E.

§. 218. 1) De pact. (et conv.): Paul. S. R. I. 1; Gregor. Cod. I. 1.; Theod. Cod. II. 9; Dig. II. 14; Cod II. 3. — 2) §. 188. nr. VIII. — 3) Solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei negotiis. Ulp. l. 7. §. 7. h. t. II. 14. — 4) Cod. IV. 54. de pactis inter emt. et vendit. compositis; Dig. lib. XVIII.

roses Geschäft als nicht abgeschlossen (und zwar wird im Zweifel eine Resolutivbedingung angenommen), oder als suspendirt gelten solle, wenn binnen einer bestimmten Frist ein Anderer bessere Bedingungen stelle und der erste Contrahent nicht ebenfalls in diese Bedingungen eingehen wolle [5]).

2. Ein sog. *pactum* † *displicentiae* oder † ius poenitendi, d. h. dass man binnen 60 dies utiles oder einer anderen ausdrücklich festgesetzten Frist von dem abgeschlossenen Geschäfte beliebig abgehen dürfe, so dass dann z. B. der Kauf nichtig sei. Man kann das Reuerecht mit einer actio in factum geltend machen [6]).

3. Die *lex commissoria*, d. h. dass ein Contrahent ohne Weiteres den Vertrag als nicht abgeschlossen oder als noch suspendirt behandeln dürfe, falls der andere nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erfülle [7]). Im Zweifel gilt auch die lex comm. als Resolutiv- und nicht als Suspensivbedingung. Der Berechtigte hat die Wahl, ob er auf Erfüllung aus dem Hauptvertrage oder auf Rückgängigmachung aus der lex comm. klagen will. Letztenfalls muss res integra gemacht werden und darf nur die etwa empfangene arra behalten werden. Hat sich der Berechtigte aber einmal entweder ausdrücklich oder thatsächlich für das Eine oder Andere entschieden, so hat er kein Variationsrecht mehr. Beim Pfandvertrag verbot Constantin die lex commissoria [8]).

4. Ein Vorkaufsrecht, *ius protimiseos* (welches bei der Emphyteusis von selbst dem dominus zusteht) [9]), kann durch Nebenvertrag begründet werden, wirkt aber nur in personam, und zwar so, dass der Erwerber dem Veräusserer beim Verkauf den Vorzug lassen muss, oder auch so, dass er an keinen Andern als an ihn verkaufen darf [10]). Aehnlich sind:

5. Die *pacta* † *de retro emendo* oder † *de retro vendendo*, d. h. dass der Veräusserer die Sache wieder zurückkaufen könne oder dass der Erwerber sie ihm zurückverkaufen müsse. Auch diese pacta wirken bloss in personam, und zwar resolutiv oder suspensiv, je nach der Absicht der Parteien [11]).

6. Auch das *pactum* † *de non alienando* wirkt nicht in rem [12]).

7. Ein *pactum* † *reservati dominii* bewirkt beim Kaufe, dass auch durch Creditirung des Kaufgeldes das Eigenthum der gekauften Sache noch nicht auf den Käufer übergeht, bis dass der Kaufpreis bezahlt ist.

5) Dig. XVIII. 2. — 6) L. 3. de contrahenda emt. XVIII. 1; l. 31. §. 22. de aedilicio edicto XXI. 1; fragm. Vat. §. 14. — 7) Dig. XVIII. 3. h. t. — 8) S. o. §. 164. nr. I. S. 388. — 9) S. o. §. 159. S. 370 f. — 10) L. 75. de contrah. emtione XVIII. 1; l. 21. §. 5. de act. emti et venditi XIX. 1. — 11) L. 2. 7. Cod. h. t. IV. 54; l. 12. Dig. de praescr. verb. XIX. 5. — 12) S. o. §. 140. nr. IV. S. 309 f.

8. Durch ein sog. *pactum* † *reservatae hypothecae* behält sich der Verkäufer ein Pfandrecht an der verkauften Sache bis nach Bezahlung des Kaufpreises vor.

9. Gültig ist auch ein, in dem Falle dass der Contrahent nach der Natur des Haupt-Vertrags nicht für Entwehrung zu haften hatte, abgeschlossenes *pactum* † *de praestanda evictione*, sowie ein in dem Falle dass der Hauptvertrag, wie namentlich der Kauf einen Entwehrungsanspruch mit sich bringt, abgeschlossenes *pactum* † *de non praestanda evictione*[13]). Das Letztere hilft aber dem arglistigen Verkäufer nicht[14]). Dagegen wenn der Verkäufer in gutem Glauben ist und der Käufer durch jenes pactum auf den Entwehrungsanspruch verzichtet, sollte nach der früheren Meinung[15]) dann der Verkäufer zwar nicht gehalten sein, dem Käufer das Interesse zu leisten, wohl aber den empfangenen Kaufpreis zurückzugeben. Nach der jetzt herrschenden Lehre[16]) kann aber in diesem Falle auch keine Rede von der Rückforderung des Kaufpreises sein[17]).

10. Ebenso kann man sich durch *pacta adiecta* gegen die Verpflichtungen aus dem ädilicischen Edicte wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsachen schützen[18]).

11. Durch die Antichresis *(pactum † antichreticum)* kann nicht bloss beim Pfandvertrag, sondern auch bei andern Obligationen, die auf die Uebertragung der Detention gerichtet sind, dem Inhaber der Sache ein Gebrauchs- und Fruchtziehungsrecht eingeräumt werden.

12. Durch sog. *pactum* † *constituti possesorii* kann bei der Eigenthumsübertragung festgestellt werden, dass der bisherige juristische Besitzer die Sache künftig als detentor im Namen des neuen Erwerbers behalten solle.

13) L. 27. Cod. de eviction. VIII. 45; Dig. eod. XXI. 2; l. 66. pr. Dig. de contrah. emtione. XVIII. 1. — 14) L. 6. §. 9. l. 11. §. 15. 18. de act. emti vend. XIX. 1; l. 69. §. 5. h. t. — 15) Vgl. die bei Glück Bd. 20. S. 301 ff. Angeff. — 16) Vgl. die Aufzähl. bei Vangerow III. §. 610. Anm. 4. — 17) Diese Meinung vertritt Ulp. in l. 11. §. 18. de act. emti vend. cit., indem er zugleich die Bedenken von Iulianus dagegen berichtet und zum Schlusse widerlegt. Die Basiliken (bei Fabr. II. pag. 388, bei Heimbach II. pag. 288) kombiniren dagegen die Meinung von Julian und die entgegengesetzte Ansicht Ulpian's in dieser Stelle in der Weise, dass wenn ein stillschweigendes pactum de non praestanda evict. abgeschlossen sei, d. h. der Verkäufer nur versprochen habe, „per se venientesque a se personas non fieri, quominus emtor habere liceat," der Verkäufer zwar nicht das Interesse zu leisten, wohl aber den Kaufpreis zurückzugeben habe, dass dagegen, wenn expressis verbis der Vertrag auf Nichtleistung der Eviction gerichtet sei, selbst auch sogar der Kaufpreis nicht zurückverlangt werden könne. — 18) L. 31. de pact. II. 14.; l. 17. in fine de aedil. edicto. XXI. 1. Vgl. o. §. 203. S. 495 f.

13. Mancherlei Nebenverträge kamen bei den Römern vor bei Sclavenverkäufen[19]).

II. Pacta, welche durch das Edict klagbar gemacht wurden (sog. *pacta † praetoria*) sind:

1. Das *constitutum debiti*, Erfüllungsversprechen[20]). Dieses ist das formlose prätorische pactum, durch welches Jemand einem Gläubiger die Erfüllung einer bereits vorhandenen Verbindlichkeit verspricht. Durch das constitutum kann die bisherige Schuld in ihrem Inhalte oder durch Nebenbestimmungen verändert, nur nicht in ihrem Betrage vergrössert werden. Die constituirte Verbindlichkeit kann eine solche des Constituenten selbst sein *(constitutum debiti † proprii)*, oder es kann auch eine fremde Verbindlichkeit sein, die ein Dritter zu erfüllen verspricht *(constitutum debiti † alieni)*[21]). Das constitutum debiti † proprii kann dazu dienen, eine bisherige blosse Naturalobligation klagbar zu machen, oder um neben die ursprüngliche Obligation eine andere mit einem anderen Inhalte zu setzen. Der creditor hat letztenfalls die Wahl, ob er aus der ursprünglichen obligatio, wenn diese klagbar ist, oder aus dem constitutum fordern will. Die Erfüllung der einen obligatio vernichtet die andere. Das *constitutum* konnte ursprünglich nur bei Schulden vorkommen, die auf das dare von res fungibiles gerichtet waren; nach Justinian. R. kann es aber bei jeder Art von Schuld vorkommen. Das Edict gewährte aus dem constitutum intra annum utilem, das Justinian. R. als actio perpetua, die *actio de constituta pecunia* oder *constitutoria actio*, wobei nach klassischem Rechte eine sponsio dimidiae partis zulässig war. Constituirte ein argentarius, dessen constitutum schon nach klassischem Rechte nicht auf Geld beschränkt war, so hiess sie *actio recepticia*.

2. Gegen nautae, caupones, stabularii geht eine *perpetua in factum actio de recepto*[22]) auf Schadenersatz, wenn mit Wissen des

19) Vgl. Dig. XVIII. 7. de servis exportandis, vel si ita mancipium venierit, ut manumittatur vel contra; Cod. IV. 55. Si servus exportandus veneat; 56. si mancipium ita venierit, ne prostituatur; 57. si mancipium ita fuerit alienatum, ut manumittatur, vel contra. — 20) Gai. IV. 171; §. 8, 9. Inst. de act. IV. 6.; Paul S. R. II. 2.; Dig. XIII. 5.; Cod. IV. 18.; Bähr, die Anerkennung, 2. Aufl. §. 30. und die o. §. 182. und 189. Citt. — 21) Vgl. o. §. 182. nr. IX. S. 436. f. §. 189. S. 455 f. — 22) Dig. IV. 9. nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant; Müller. Ueber die de recepto actio und deren analoge Ausdehnung auf die Postanstalten. 2. Aufl. Leipzig 1857. Ob die Wirthe die Pflicht haben, jeden Reisenden aufzunehmen, ist eine lediglich gewerbepolizeiliche Frage; rechtlich sind sie dazu nicht verbunden. Ueber die Antinomie in l. 1. §. 1. Dig. h. t. IV. 9. („nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant") und l. un. §. 6. Dig. furti adv. nautas XLVII. 5. („nec repellere potest iter agentes"): vgl. Vangerow III. §. 648. Anm. 1.

Schiffers, Gast- oder Stallwirthes, oder von ihren dazu bestellten Leuten Sachen der Passagiere oder Gäste in das Schiff, das Haus oder Thiere in den Stall hineingebracht wurden und diese, ohne vis maior oder eigene Schuld der Beschädigten, abhanden gekommen oder verdorben worden sind. Wenn aber einer der Leute des Schiffers oder Wirths den Diebstahl oder die Beschädigung verübt, so geht gegen den Schiffer oder Wirth sogar die actio furti in duplum[23]).

3. Aus dem *receptum arbitri*, d. h. aus dem formlosen Vertrage der Parteien mit Jemandem, dass er als Schiedsrichter ihren Streit entscheide, aus diesem Vertrage, welcher wegen seines Gegenstandes nicht unter das mandatum fällt[24]), zwang der Prätor den arbiter zur Fällung seines Spruches (sententia, laudum), sobald die Parteien die Ausführung des arbitrium durch gegenseitige Strafstipulationen gesichert hatten[25]).

Der betreffende Vertrag zwischen den beiden Parteien heisst *compromissum*, und zu diesem muss noch ein Vertrag beider Parteien mit dem Schiedsrichter hinzutreten: das *receptum arbitri*, wodurch sich dieser zur Uebernahme des Schiedsrichterspruches verpflichtet. Schiedsrichter kann nicht ein Tauber, Stummer, nach der lex Iulia nicht ein unter 20 Jahren Alter, ferner nicht ein Weib, ausser wenn es iurisdictio ordinaria hat (wie solche im Mittelalter oft die Abtissinnen hatten), Niemand in re propria, und auch nicht derjenige sein, welcher bereits als iudex ordinarius für den betreffenden Fall berufen war. Das compromissum der Parteien unter einander musste ursprünglich, um klagbar zu sein, in die Form einer Stipulation gekleidet sein; in der Form eines pactum erzeugte es bei den Römern keine Klage auf Anerkennung des vom arbiter gefällten Schiedsspruches, sondern nur eine exceptio. Gewöhnlich fügte man daher zu dem pactum eine compromissio poenae hinzu. Justinian[26]) bestimmte aber, wenn die Parteien sich mit dem erfolgten Schiedsspruch einverstanden erklärt hätten († laudum homologatum), oder wenn die Parteien 10 Tage hätten verstreichen lassen, ohne den Schiedsspruch anzufechten, solle das compromissum erzwingbar sein, wenn es auch nur in der Form eines pactum eingegangen sein sollte. Heutzutage ist das compromissum auch als blosses pactum ohne Weiteres erzwingbar. Das receptum arbitri war, wie bereits bemerkt, schon nach röm. Recht als blosses pactum (praetorium) erzwingbar[27]).

23) Dig. XLVII. 5. furti adversus nautas, caupones, stabularios. — 24) S. o. §. 206. — 25) Dig. IV. 8. de receptis qui arbitrium receperunt ut sententiam dicant; Cod. II. 56. — 26) L. 5. Cod. de recept. arbitr. II. 56. — 27) Ueber die *episcopalis audientia more arbitri* s. o. §. 109. II. S. 213 f.

4. Wenn ein Versicherungseid geleistet oder vom Deferenten erlassen war, gewährte das Edict daraus eine Klage und Einrede.

5. Das pactum hypothecae wurde durch den Prätor klagbar[28]).

III. Nachdem das System der Contracte abgeschlossen war, erlangten noch mehrere Verträge durch civile Rechtsvorschrift die Klagbarkeit wie contractus, ohne jedoch noch diesen zugezählt zu werden, was nur mit dem contractus emphyteuticarius wegen seines Ursprungs aus der locatio und seiner Verwandtschaft mit der emtio-venditio geschah. Zu diesen pacta des neueren Civilrechts *(pacta † legitima)* gehören:

1. Die *pacta*, durch welche an Stadtgemeinden für die von ihnen gemachten Darlehen Zinsen festgesezt wurden[29]). Auch für *traiecticia pecunia*, *fenus nauticum*[30]) galt die Zinsverbindlichkeit auch ohne Stipulation[31]). Auch bei Darlehen von Quantitäten von Fungibilien ausser Geld konnte schon frühe durch blosses pactum eine klagbare Zinsverbindlichkeit begründet werden[32]). Justinian erklärte schliesslich[33]), es gebe viele Fälle, in denen schon durch blosses pactum eine Zinsverbindlichkeit entstehe. Urprünglich sicherte man sich für bloss paciscirte Zinsen durch Retention eines etwaigen Pfandobjectes[34]), und heutzutage ist natürlich überhaupt schon jeder einfache formlose Zinsvertrag klagbar.

2. Theodos II. und Valentinian III. machten das *pactum dotale* klagbar[35]);

3. Justinian das *compromissum*, d. h. den formlosen Vertrag der Parteien, sich dem Urtheile eines Schiedsrichters über ein unter ihnen zweifelhaftes oder streitiges Rechtsverhältniss zu unterwerfen, welcher Vertrag nach class. Rechte noch, um klagbar zu sein, der Stipulation einer Conventionalstrafe bedurfte[36]).

4. Justinian machte auch das *pactum de donando* klagbar[37]).

5. Ein *pactum legitimum* ist auch der im Falle der Insolvenz des Schuldners von der Mehrheit der Gläubiger zu beschliessende Nachlass- oder Stundungsvertrag[38]).

6. Ebenso die Auslobung[39]) in's Publicum hinein, an

28) S. o. §. 164. II. S. 388. f. — 29) Paul. l. 30. Dig. h. t. XXII. 1. — 30) S. o. §. 74. nr. III. 3. S. 154. — 31) Paul. l. 7. de nautico fenore XXII. 2. — 32) L. 12. 23. Cod. h. t. IV. 32. — 33) Nov. 134. cap. 4. — 34) L. 4. 22. Cod. de usuris IV. 32. — 35) L. 6. Cod. de dotis promiss. V. 11: „qualiacunque sufficere verba censemus"; s. u. §. 226. nr. IV. — 36) Dig. II. 8; Cod. II. 56. citt.; Nov. 8. h. t. c. 1. f. Vgl. o. Nr. II. 3. S. 535. — 37) L. 35. Cod. de donat. VIII. 54. v. J. 530; Inst. de donat. II. 7.., s. o. §. 93. S. 183 ff. — 38) S. o. §. 183. nr. IV. V. S. 441. f. — 39) Vgl. Vangerow III, §. 603. Anm. 2; Windscheid §. 309. und die dort citt.; Alb. Hermann, de polli-

denjenigen, der eine bestimmte Leistung machen, z. B. etwas Verlorenes zurückbringen werde. Es erfolgt hier nämlich ein Angebot zu einem Vertrage, welcher durch die in der Vornahme der Leistung liegende Annahme zu einem wahren, nach modernem Gewohnheitsrechte klagbaren Vertrage wird[40]). So lange die Leistung noch nicht gemacht wurde, kann die Auslobung noch widerrufen werden, jedoch nur in derselben Form, die die Auslobung hatte, und wenn von Jemandem mit Rücksicht auf die Auslobung zur Erfüllung der Leistung schon ernstliche Vorbereitungen mit gegründeter Aussicht auf Erfolg gemacht sind, so müssen die Kosten und Auslagen dafür im Falle des Widerrufs der Auslobung ersetzt werden, so weit dieselben nicht etwa das durch die Auslobung Versprochene übersteigen sollten. Derjenige, welcher die Leistung macht, hat vom Standpunkte des römischen Rechts auf Erfüllung der Auslobung eine actio in factum, ähnlich wie bei den römischen Innominatcontracten (facio ut des).

§. 219. Die Erlöschung der Obligationen[1]).

Diese tritt ein:

I. Durch *solutio*. Unter dieser versteht man im weitesten Sinne jede Auflösung einer Obligation, im engeren die Erfüllung derselben, im engsten Sinne bloss die Geldzahlung[2]).

1. *Verpflichtet zur Zahlung* ist nur der Schuldner, *berechtigt dazu ist aber* jeder Dritte. Zahlt der Dritte auch ohne Wissen des Schuldners, so wird der letztere doch ohne Weiteres liberirt. Einen Erzatz für die Zahlung kann der Dritte von dem Schuldner verlangen, wenn er sich von dem Gläubiger die Klagen cediren liess, oder wenn er die actio mandati contraria oder negotiorum gestorum contraria gegen den Schuldner anstellen kann, weil er als Mandatar oder negotiorum gestor desselben die Zahlung geleistet hatte.

2. Wer immer aber die Zahlung vornehmen mag, muss dieselbe stets *animo solvendi* vornehmen, sonst tritt keine solutio und liberatio des debitor ein.

3. Auch muss, damit die obligatio durch Zahlung ipso iure

citationibus Diss. inaug. Augustae Vind. 1857; Tzschirner, de indole ac natura promissionis popularis „Auslobung" quam vocant. Diss. inaug. Berolini 1869 und dazu Rudorff in Puchta's Pand. §. 259. Note 9. der 11. Aufl. (1872.) — 40) Unrichtig nehmen Manche z. B. Puchta Pand. §. 259. Arndts Pand. §. 241., Sintenis II. §. 96. Anm. 58., Kuntze zu Holzschuher 3. Aufl. Bd. 2. S. 297. f. hier eine besondere Art von pollicitatio an.

§. 219. 1) Gai. III. 168—181; Inst. III. 29. (30) Quibus modis obligatio tollitur; Dig. XLVI. 3. De solutionibus et liberationibus. — 2) S. o. §. 183. nr. I. II. S. 439.

erlösche, *sowohl der Zahlende, als auch der Empfänger, der creditor oder dessen Stellvertreter, dispositionsfähig* sein. Zahlt ein Mündel ohne den Vormund, so darf der creditor das Empfangene nur behalten, sofern er der Rückforderungsklage die exceptio doli entgegenstellen kann, es sei ihm nur dasjenige geleistet, was er wirklich zu fordern habe. Nimmt der Mündel ohne den Vormund die Zahlung entgegen, so wird der Schuldner nur ope exceptionis liberirt, insofern er nachweist, dass das Gezahlte wirklich in das Vermögen des Mündels gekommen ist. Ist aber der Gläubiger selbst dispositionsfähig, nicht unter Vormundschaft u. dgl., so ist natürlich auch er allein der Regel nach berechtigt zur Empfangnahme der Leistung. Jedoch kann die Zahlung auch gültig geschehen an einen Bevollmächtigten (mandatarius) des Creditors, wenn der Bevollmächtigte entweder ein procurator omnium bonorum ist oder ein mandatum speciale zur Empfangnahme der Zahlung erhalten hatte. Von dem Unterschied zwichen dem blossen Bevollmächtigten und zwichen einem *adstipulator* und einem *solutionis causa adiectus*, die beide ebenfalls gültig Zahlung in Empfang nehmen können war schon die Rede[2a]). Wenn das Zahlungsmandat zurückgenommen wird, so kann der debitor nur dann, wenn ihm dieses nicht bekannt gemacht wird, die Zahlung noch immer gültig an den früheren Mandatar entrichten. Ferner kann der Schuldner die Zahlung möglicher Weise an einen creditor creditoris machen, und dieses wirkt unmittelbar als Zahlung, wenn es mit Einwilligung des Gläubigers geschah; geschah die Zahlung an den Gläubiger des Gläubigers, ohne dass des Ersteren Genehmigung eingeholt war, so kann der Schuldner nur soweit als er als negotiorum gestor handelte, seinem Gläubiger die an dessen Gläubiger gemachte Zahlung anrechnen[3]).

4. Durch eine *solutio rite facta* wird die Obligation ipso iure aufgehoben. Die solutio ist das Vorbild für die Erlöschung der Obligationen ipso iure[4]).

5. Ueber den Beweis der Zahlung durch Quittungen wurde schon früher gehandelt[5]). Wenn eine Schuld schriftlich contrahirt wurde, und der Beweis der Zahlung soll durch Zeugen erbracht werden, so sollten nach Vorschrift Justinian's 5 Zeugen eidlich bekräftigen, dass sie bei der Zahlung oder dem Geständnisse derselben zugegen gewesen seien[6]). Die Praxis verwarf diese Eigenthümlichkeit des röm. Prozesses und verlangt nur zwei Zeugen[7]).

2a) Vgl. o. §. 194. nr. II. 4. 5. S. 470 ff. — 3) Vgl. o. §. 207. nr. III. 4) S. o. §. 95. II. S. 192; §. 121. II. S. 248. — 5) S. o. §. 127. S. 265 f. — 6) L. 18. Cod. de testib. IV. 20., und dazu Auth. Rogati aus Nov. 90. cap. 2. — 7) Vgl. übrigens Windscheid §. 344. Note 2.

Wenn der Gläubiger den Schuldschein zurückgibt oder vernichtet, so geht daraus keine Präsumtion der Zahlung hervor, wohl aber ein pactum de non petendo [8]).

6. Wenn die Zahlung von dem Schuldner selbst ausgeht, so kann derselbe auch frei bestimmen, welche Schuld er mit der gemachten Zahlung tilgen will [9]). Trifft der Schuldner aber bei der Zahlung nicht sofort eine Bestimmung darüber, welche der mehreren selbstständigen Schulden er seinem Gläubiger mit der gemachten Zahlung abtragen will, so geht das Wahlrecht auf den Gläubiger über, der aber ebenfalls in continenti die Wahl ausüben muss und insofern beschränkt ist, als er die Zahlung nicht auf eine noch illiquide, bestrittene oder noch nicht fällige, oder auf eine blosse Bürgschaftschuld abrechnen darf [10]). Sind weder von Seiten des Schuldners noch des Gläubigers sogleich besondere Bestimmungen getroffen, und es handelt sich um Kapital und rückständige Zinsen, so werden immer vor dem Kapital die rückständigen Zinsen als bezahlt angenommen [11]). Jedoch wenn die Zinsen bloss naturaliter geschuldet werden, so muss die Zahlung zunächst auf das Capital abgerechnet werden [12]). Handelt es sich dagegen um mehrere verschiedene Kapitalschulden, so darf die Zahlung zunächst immer nur auf liquide, d. h. unbestrittene oder sogleich beweisbare und schon fällige Forderungen bezogen werden [13]). Unter den liquiden Forderungen werden aber zunächst diejenigen vor den andern als durch die Zahlung getilgt angesehen, bei denen es besonders ausgemacht ist, dass sie vor den anderen bezahlt werden sollten [14]); sodann kommen die lästigeren Schulden und unter diesen zunächst diejenigen, deren Nichterfüllung den Schuldner infamiren würde, und nach diesen die mit einer Strafe verbundenen (wohin auch Judicatsschulden, solche quae inficiatione crescunt und verzinsliche Schulden gehören) und nach diesen die, für welche Pfänder oder Bürgschaften bestellt sind [15]). Unter mehreren gleichlästigen oder gleichweniglästigen Schulden gilt die Zahlung zunächst als auf die eigenen und dann erst als auf die fremden Schulden gerichtet, die der Zahlende etwa als Bürge oder durch sonstige Intercession übernommen hatte [16]). Wenn keine dieser Rücksichten entscheidet, so gilt zuerst die ältere Schuld als gezahlt [17]). Unter mehreren gleich

8) Vgl. u. nr. III. 5. S. 541 f. — 9) L. 101. §. 1. de solut. XLVI. 3; l. 1. Cod. eod. VIII. 43. — 10) L. 1. 2. 3. Dig. de solut. XLVI. 3; l. 1. Cod. eod. — 11) L. 5. §. 2. 3. l. 6. l. 48. in fine eod.; l. 1. Cod. eod. — 12) L. 5. §. 28. citt. — 13) L. 3. §. 1. l. 103. eod. — 14) L. 89. §. 2. eod. — 15) L. 5. pr.; l. 7. l. 97. eod; l. 12. in f. de usuris XXII. 1. — 16) L. 97. cit.; l. 4. eod. — 17) L. 97. cit.; l. 5. pr.; l. 24; l. 102. §. 2. eod.

alten Schulden wird die Zahlung verhältnissmässig auf sämmtliche abgerechnet[18]). Endlich nach diesen allen gelten erst die naturalen Schulden als bezahlt[19]).

Wenn eine grössere Summe gezahlt wird, als diejenige Schuld beträgt, welche nach den vorstehenden Regeln zuerst als gezahlt gilt, so wird dadurch jene Classification nicht alterirt: es muss die Zahlung doch auf die gravior causa bezogen werden und nur der Ueberschuss kann dann auf die minder lästige Schuld abgerechnet werden[20]).

Wenn der Gläubiger sich selbst bezahlt macht, so gilt als Regel, dass er seinen Vortheil dabei im Auge haben darf; er kann also z. B. die Zahlung zunächst auf die Schuld anrechnen, für die ihm kein Bürge haftet[20a]), oder auch auf eine blosse Naturalschuld[21]). Nur wenn ein Pfand gleichzeitig für mehrere Schulden bestellt war, so muss der dasselbe veräussernde Pfandgläubiger den Erlös des Pfandes verhältnissmässig auf sämmtliche Schulden anrechnen, und wenn das Pfand successiv für die mehreren Schulden bestellt wurde, so gilt stets zunächst die frühere Pfandschuld als getilgt[22]), und wenn einem Pfandgläubiger Zinsen theils civiliter, theils naturaliter geschuldet werden, so muss er auf jede der mehreren Zinsforderungen, wenn diese auch ihrer Grösse nach noch so sehr verschieden sind, eine völlig gleiche Summe anrechnen[23]).

II. Wenn der creditor in *mora accipiendi* oder abwesend, oder die Bezahlung mit Beschlag belegt, d. h. von Gerichtswegen verboten ist, so kann sich der Schuldner durch Deposition der res debita bei Gericht befreien. Holt er oder sein Erbe aber die Sachen wieder ab, bevor sie der creditor in Empfang nahm, so lebt die Schuld rückwärts wieder völlig auf, so dass dann auch die etwaigen Zinsen für die Zeit der depositio gezahlt werden müssen. Nur Bürgschaften und Pfandrechte an Sachen Dritter leben nicht wieder auf[24]). Wenn die Deposition wegen der Kosten oder wegen sonstigen Hindernisses unthunlich ist, so kann der debitor nach vorheriger Androhung an den creditor sogar durch Dereliction[25]) sich befreien, wenn er diese nicht etwa zur blossen Chicane vornimmt.

III. Eine Obligation erlischt auch dadurch, dass von dem Gläubiger und Schuldner die Willenseinigung kund gegeben wird, dass die Obligation nicht mehr bestehen solle. Dieses sind die

18) L. 8. eod. — 19) L. 94. §. 3. eod.; l. 5. §. 2; l. 101. §. 1. eod. — 20) L. 97. cit. — 20a) L. 3. eod. — 21) L. 101. §. 1. eod. — 22) L. 96. §. 3. eod. — 23) L. 5. §. 2. de solut.; vgl. Vangerow III. §. 589. — 24) L. 6. 9. Cod. de usur. IV. 32; Nov. 91. c. 2; l. 1. §. 36. depositi. XVI. 3. — 25) L. 1. §. 3. de peric. et comm. rei vend. et trad. XVIII. 6.

sog. remissorischen Geschäfte. Zu einer solchen Aufhebung der Obligation gehörte bei den Römern eine der Begründung der betreffenden Obligation entsprechende Form[26]).

So wurde 1) die *nexi obligatio*[27]) durch *nexi liberatio* getilgt, d. h. die durch nexum, iudicatum oder legatum per damnationem[28]) begründete Obligation wurde aufgelöst in der der Contrahirung entsprechenden Mancipationsform[29]).

2) Realcontracte werden ipso iure aufgehoben durch Rückgabe der Sache, indem darin eine solutio liegt.

3) Der *contractus nominum* erlosch ipso iure durch *expensilatio* und *acceptilatio*, d. h. durch Eintragung der Auszahlung in dem Hausbuche des Schuldners und des Empfangs in dem Hausbuche des Creditors[30]).

4) Der *Verbalcontract* oder die durch stipulatio begründete obligatio erlosch durch *acceptilatio*, d. h. durch entgegengesetzte Stipulation, z. B. Quod ego tibi promisi habesne acceptum? Acceptum habeo[31]). Diese wirkte gleich der solutio. Der Jurist Gallus Aquilius erfand eine Formel *(stipulatio Aquiliana)*, mit welcher man jede Obligation in einen Verbalcontract umwandeln und dann durch acceptilatio ipso iure aufheben konnte[32]). War eine acceptilatio sub die vel condicione erfolgt, so bewirkte sie nicht als acceptilatio ipso iure eine Aufhebung der Obligation, sondern nur, soweit die Absicht der Aufhebung der Obligation dadurch beiderseits ausgedrückt war, eine exceptio pacti[33]). Eine Frau konnte, so lange die Weibertutel bestand, sine auctoritate tutoris keine acceptilatio vornehmen[34]), obgleich an sie sine auctoritate tutoris gültig gezahlt werden konnte[35]). Zu Gaius Zeiten stritt man darüber, ob eine acceptilatio auch pro parte geschehen könne[36]). Im justinian. Rechte ist diese Frage bejaht, insofern als der Gegenstand der Obligation theilbar ist[37]).

5) Ein *pactum* oder *stipulatio de non petendo*, Erlassvertrag, konnte von verschiedenem Umfang, auf die Zeit, Art u. s. w. der Leistung gerichtet sein, begründete aber für den Schuldner nur ein neues der Geltendmachung der Forderung entgegenstehendes Recht, eine exceptio, um die Klage des Gläubigers unwirksam zu

26) Prout quidque contractum est, ita et solvi debet. l. 80. de solut. XLVI. 3; l. 100. de R. I.; l. 35. 153. eod., s. o. §. 95. nr. III. S. 192. — 27) S. o. §. 49. nr. IV. S. 114 f. — 28) S. u. §. 274. — 29) Gai. III. 173—175. — 30) S. o. §. 196. S. 479 f. — 31) S. o. §. 77. nr. V.; §. 195. S. 478. — 32) Gai. III. 169—171; §. 1. 2. Inst. h. t. III. 29; Dig. XLVI. 4. Cod. VIII. 44. de acceptilatione. — Die Formel steht in l. 18. §. 1; Dig. h. t. — 33) L. 5. de acceptil. XLVI. 4. — 34) S. u. §. 244. nr. II. — 35) Gai. III. 171. — 36) Gai. III. 172. — 37) §. 1. Inst. h. t. III. 29.

machen. Das pactum de non petendo kann in personam oder in rem gerichtet sein; in personam entweder in personam debitoris, so dass die exceptio pacti de non petendo nur dem Schuldner selbst, nicht auch den Erben und Bürgen desselben zusteht, oder in personam creditoris, so dass dann der Schuldner und dessen Erben die exceptio gegen den Gläubiger und dessen Cessionar, nicht aber auch gegen dessen Erben haben; in rem abgeschlossen bewirkt das pact. de non pet. eine exceptio für jeden, der aus der Obligation eingeklagt werden kann, gegen jeden, der aus der obligatio klagen kann. Auf die anderen Correalschuldner oder Correalgläubiger hat das pactum de non petendo, das von einem der mehreren correi abgeschlossen wurde, keinen Bezug [38]).

6) Nur gewisse Klagen, wie die actio iniuriarum und furti, konnten schon nach röm. Rechte durch ein pactum ipso iure aufgehoben werden [39]). Eine Naturalobligation wurde dagegen stets ohne Weiteres durch ein entgegengesetztes pactum aufgehoben [40]).

Consensualcontracte wurden schon bei den Römern durch wechselseitigen dissensus wieder aufgehoben.

Heutzutage löst sich jeder Vertrag, selbst wenn zu seiner Perfection eine bereits erfolgte Leistung nöthig ist, (ipso iure oder ope exceptionis, je nach der Absicht der Parteien) durch *mutuus dissensus* oder richtiger *contrarius consensus* wieder auf [41]).

7. Auch durch Verzicht, *renunciatio* [42]) und durch *liberatio legata* [43]) erlischt die Obligation in Folge der Willenseinigung des Gläubigers und Schuldners.

8. Nur der Fortbestand der obligatio für die Zukunft, nicht aber auch das bis dahin bereits begründete Recht auf die Leistung wird bei den Consensualcontracten, ausser dem Kaufe, durch Kündigung, *renunciatio*, und wurde bei den Römern auch bei den Innominatcontracten durch die Geltendmachung des *ius poenitendi* [44]) aufgehoben.

IV. 1. *Novatio*, Schulderneuerung, Schuldumwandlung ist die Aufhebung einer Forderung dadurch, dass eine neue Forderung mit einem neuen Gläubiger oder Schuldner oder mit

38) L. 22. D. de pact. II. 14. Vgl. l. 27. pr. eod. Ueber den scheinbaren Widerspruch letzterer Stelle mit l. 31. §. 1. de novat. et deleg. XLVI. 2: vgl. Vangerow Lehrb. §. 573. A. 5. Bd. 3. S. 89 f. der 7. Aufl. — 39) Paul. l. 17. §. 1. de pactis. II. 14. — 40) Pap. l. 95. §. 4. de solut. XLVI. 3. — 41) §. 4. Inst. h. t. III. 29; l. 48. §. 6. Dig. de pact. II. 14; Cod. IV. 45. quando liceat ab emt. disced. — 42) S. o. §. 95. nr. III. 2. S. 193. — 43) §. 13. Inst. de legat. II. 20; Dig. XXXIV. 3; l. 77; l. 86. §. 4. de legat. [30.] — 44) S. o. §. 202. S. 490., l. 5. §. 1. 2. de cond. c. d. XII. 4.

einem anderen Inhalte oder einer anderen causa debendi[45]) an die Stelle der alten Forderung gesetzt wird[46]).

2. Die novatio kann geschehen in Folge von Rechtsvorschrift *(novatio † necessaria)*, welche vor Justinian bei der litis contestatio und res iudicata in einem iudicium legitimum eintrat[47]), — oder durch Rechtsgeschäft *(novatio voluntaria)*.

Die jetzt sog. novatio † necessaria wird zwar in den Quellen selbst mit der eigentlichen Novation, der novatio voluntaria, verglichen und als novatio bezeichnet[48]), aber sie unterscheidet sich doch sehr wesentlich von der eigentlichen und im justinianischen Rechte allein noch übrig gebliebenen novatio voluntaria, wie dieses auch die römischen Juristen selbst hervorgehoben haben[49]). Bei der eigentlichen novatio (voluntaria) wird wirklich die alte Obligation aufgehoben und gehen damit auch die Privilegien unter, welche für dieselbe bestanden, wie z. B. die für die Rückforderung der dos nach Trennung der Ehe[50]) und die für die actio tutelae[51]), aber es besteht nun fortdauernd die Haftung aus der neuen Obligation; die Pfandrechte die zur Sicherung der alten Forderung bestellt waren, erlöschen mit diesen, es müsste sonst ausdrücklich ausgemacht sein, dass sie auch für die neue Obligation fortgelten soll-

45) Letzteres wollen freilich Manche, z. B. Bruns in Holzendorff's Encycl. Bd. 1. III. 1. §. 66. S. 401 f. nicht als Novation gelten lassen, indem sie vielmehr verlangen, dass bei derselben immer dieselbe frühere causa debendi bleibe.

46) Gai. III. 176—179; §. 3. Inst. de novation. III. 29; Paul. S. R. V. 8; Dig. XLVI. 2; Cod. VIII. 42; l. 7. §. 1. de transact. II. 15; l. 68. i. f. de fideiussor. XLV. 1; Fragm. Vat. §. 263; Brinz, Kr.-Blätter Nr. 1. Erlangen 1852; Chambon, Beiträge zum Obligationenrecht. Bd. 1. nr. 1. Jena 1851; Salpius, Die Novat. u. Delegat. Berl. 1864; Salkowski, Zur Lehre der Novation nach röm. Rechte. Leipzig 1866; Windscheid, §. 353 ff.; Arndts, §. 268; Keller §. 216 ff.

47) S. o. §. 124. S. 261; §. 114. nr. II. 2. S. 221.

48) Paul l. 29. de novat. XLVI. 2. (s. folg. Note); Gai. III. 180; Frag. Vatic. §. 263.: „Si interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones *novavit.*"; l. 3. pr. Cod. de usur. rei iudic. VII. 54: „*novatur* iudicati actione prior contractus."

49) Paul l. 29. cit.: „Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis, et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est, quod nemo dixit lite contestata: neque enim deteriorem causam nostram facimus, actionem exercentes, sed meliorem; ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt." Vgl. Windscheid, Pand. II. §. 356.

50) Vgl. u. §. 226. geg. Ende; o. §. 170. S. 396; §. 174. S. 403 f. — 51) Vgl. u. §. 243. und o. §. 170. S. 396.

ten[52]). Mit der Aufhebung der alten Obligation hören auch die Zinsen aus derselben zu laufen auf; die für die alte Obligation festgestellte Conventionalstrafe erlischt mit der alten Obligation, und die Gläubiger haben nach erfolgter Novation kein beneficium separationis[53]) mehr, wenn sie ein solches auch bezüglich der alten durch die Novation aufgehobenen Forderung hatten. Anders ist es bei der bis auf Justinian durch Litiscontestation und Urtheil erfolgenden sog. novatio † necessaria. Diese ist keine eigentliche wirkliche Aufhebung der alten Obligation, sondern nur eine blosse Umgestaltung der alten Obligation, eine Veränderung derselben durch Hinzufügung von Eigenschaften, die ihr bisher fehlten. Nachdem lis contestirt worden, stützt sich auch im vorjustinianischen Rechte die Verurtheilung in Wirklichkeit noch immer auf die alte Obligation selbst: es erfolgt keine Verurtheilung, wenn die alte Obligation nicht rechtsbeständig ist; das Urtheil will nur die alte Obligation bekräftigen und derselben ihre endgültige Gestaltung verleihen; die Privilegien der alten Klage, wie z. B. wenn sie eine Klage auf Rückforderung der dos oder gegen den Vormund ist, gingen weder nach der Litiscontestation noch nach dem Urtheile unter; es wurde nur die alte Klage mit ihren Vorzügen perpetuirt und sicher gestellt, in keiner Weise aber der Gläubiger etwa schlechter gestellt; die Privilegien und Pfandrechte, welche der Forderung ursprünglich zur Seite standen, blieben auch für die actio iudicati zur Geltendmachung des auf Grund der alten Forderung ergangenen Urtheils bestehen; die Zinspflicht aus der alten Forderung dauerte fort, ebenso galt die für die alte Forderung ausbedungene Conventionalstrafe auch noch nach der Litiscontestation und nachdem der Schuldner auf Grund der alten Obligation verurtheilt worden, fort.

Im Folgenden ist nur mehr von der novatio voluntaria oder der eigentlichen Novation die Rede.

3. Die novatio ist, wie schon bemerkt, verschieden, je nachdem durch sie nur die causa obligatoria oder ihr Inhalt verändert wird (*novatio † simplex*, novatio schlechthin), oder ein Personenwechsel dabei stattfindet (*novatio † qualificata)*. Wenn ein Personenwechsel dabei stattfindet, so erfolgt dieser entweder ohne Mitwirkung des bisherigen Schuldners oder unter seiner Mitwirkung, und die Mitwirkung des Schuldners ist stets nöthig, wenn die Person des Gläubigers verändert werden soll. Dagegen kann für den bisherigen Schuldner ein Anderer eintreten, ohne dass der bisherige Schuldner davon weiss. Wenn der Gläubiger seinen Schuldner anweist, einem Dritten

52) Vgl. o. §. 172. nr. III. S. 399. — 53) Vgl. o. §. 186. S. 449.

sich als Schuldner zu verpflichten, oder der Schuldner einen Dritten anweist, sich dem Gläubiger zu verpflichten, so nannten dies die Römer *delegare*, einerlei ob der Delegant zugleich im ersten Falle Schuldner und im letzteren Falle Gläubiger des Dritten ist oder nicht. In einer Stelle[54]) wird auch das Uebernehmen der Verpflichtung bei der novatio als delegare bezeichnet, und in einer anderen Stelle[55]) wird der Auftrag zu zahlen delegare genannt. Auch heisst die zu Folge Auftrags vollzogene Novation delegatio[56]). Die Delegation besteht also in einem Auftrage des abtretenden *(delegans)* Schuldners oder Gläubigers an die beiden Subjecte der zu constituirenden nova obligatio, bei welcher der Schuldner *delegatus* und der Gläubiger *delegatarius* heisst, einerlei ob der Gläubiger oder der Schuldner der neu Eintretende ist. Der die Novation bewirkende Vertrag selbst geschieht zwischen dem delegatus und dem delegatarius in Folge des von dem delegans ertheilten Auftrags. Die Novation, welche durch Eintritt eines neuen Schuldners ohne Delegation geschieht, nennt man heutzutage vorzugsweise *expromissio.* Die Römer nannten aber auch die Novation, welche der vom Schuldner Delegirte vornimmt, expromissio.

4. Zu einer gültigen Novation gehört Dispositionsfähigkeit des Novirenden (aus der promissio eines Pupillen sine tutore auctore entsteht nur eine naturalis obligatio[57]), aus der eines Sclaven gar keine obligatio und novatio); ferner eine gültige alte und eine gültige neue (civilis oder naturalis) obligatio. Es ist möglich, dass die prior oder die posterior obligatio eine blosse obligatio naturalis ist[58]). War die alte Forderung bedingt, so hängt die neue Forderung von derselben Bedingung ab. Wenn die posterior obligatio bedingt ist[59]) und die Bedingung deficirt, so tritt auch keine novatio ein, wenn dagegen die Bedingung sich erfüllt, so tritt nun (falls nicht etwa noch eine Bedingung der prior obligatio schwebt) die posterior obligatio und damit die novatio in Kraft. Endlich muss auch der *animus novandi* vorhanden sein, und d e u t l i c h (wozu aber nicht nothwendig expressa verba gehören) kund gegeben werden, indem Justinian[60]) bestimmte, der animus novandi solle nicht präsumirt werden. Nach röm. Rechte bedurfte die novatio der Form der Stipulation oder eines Literalcontractes, oder der dotis dictio[61]), nach heutigem Rechte genügt formloser Con-

54) L. 4. §. 1. de manum. XL. 1. — 55) L. 7. Cod. h. t. cf. l. 21. Dig. h. t. — 56) L. 1. Cod. h. t. cf. l. 11. §. 1. D. h. t. — 57) S. u. §. 241. nr. III. — 58) L. 1. h. t. — 59) K n i e p, Einfluss der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation. Wismar 1860; R ö m e r, Die bedingte Novation nach dem röm. und heut. gemeinen Recht. Tübingen 1863. — 60) L. 8. Cod. h. t. VIII. 42; §. 3. Inst. h. t. III. 29. — 61) S. u. §. 226.

sens[62]). Ihre Wirkung ist, dass die alte Forderung mit allen Accessionen *ipso iure* untergeht[63]).

V. Durch Compensation, Wettschlagung, Gegenaufrechnung (= ficta mutua solutio, debiti et crediti inter se contributio), d. h. eine gänzliche oder theilweise Aufrechnung zweier Forderungen durch Geltendmachung einer gleichartigen Gegenforderung des Schuldners gegen den Anspruch seines Gläubigers. Voraussetzung ist: es müssen sich zwei gleich fällige, und gleich bedingte oder gleich betagte oder gleich unbedingte oder unbetagte, und congruente, d. h. auf denselben Gegenstand oder auf Fungibilien derselben Art gehende Forderungen unter denselben zwei Personen einander gegenüberstehen, und wenn die eine Forderung liquide, d. h. vom Gegner anerkannt ist oder sogleich in continenti bewiesen werden kann, so muss dieses auch mit der anderen Forderung der Fall sein[64]). Unter jenen Voraussetzungen kann sich der Beklagte durch Berufung auf seine Gegenforderung, selbst wenn diese nur eine naturale ist, befreien, und zwar rückwärts von dem Augenblicke an, von welchem ab und in so weit sich die Forderungen gegenüberstanden. Vom Augenblicke der Compensabilität an hören daher auch die Rechte auf Zinsforderungen auf, gleichsam als ob man sich schon im Augenblicke der Entstehung der Gegenforderung auf die Compensation berufen hätte. Diese Wirkung bezeichnen die Quellen, indem sie sagen: ipso iure compensari[65]). Man kann darunter aber auch verstehen, dass das Recht auf die Compensation ipso iure begründet ist und der Richter die Compensation zulassen muss, wenn die Voraussetzungen derselben begründet sind, oder endlich[66]), dass der Satz eine Verallgemeinerung der Compensationspflicht des argentarius und bonorum emtor ausdrückte, so dass es nun der Einrückung einer exceptio doli in die Klagformel zur Herbeiführung der Compensation überall nicht mehr bedurfte[67]).

Ursprünglich war die Compensation nur bei Gegenforderungen, die auf fungible Sachen derselben Art gingen, und nur bei bonae fidei obligationes, die auf einem und demselben Rechtsgrunde beruhten (connex waren), später wurde sie auch bei Gegenforderungen ex dispari causa, und seit Marc Aurel war sie auch bei stricti iuris

62) Vgl. auch Koch, Die Lehre von dem Uebergang der Forderungsrechte durch Universal- und Singularsuccession. Breslau 1837. §. 50. — 63) Vgl. o. nr. 2. und §. 172, nr. III. S. 399. — 64) L. ult. Cod. h. t. IV. 31. — 65) L. 4. 10. pr. l. 21. Dig. h. t. XVI. 2; Justinian c. 4. h. t. IV. 31. — 66) Auf Grund von Paulus Sent. Rec. II. 5. §. 3.

67) Gai. IV. 61—68; §. 30. 39. Inst. de act. IV. 6; Dig. XVI. 2; Cod. IV. 31; Dernburg, Die Compensation. 2. Aufl. Heidelberg 1868; Vangerow §. 618.; Windscheid §. 248 ff.; Ubbelohde, Ueber den Satz: Ipso iure

obligationes zulässig[68]). Justinian dehnte die Compensation auf alle actiones, also auch auf die actiones in rem aus. Vorausgesetzt ist natürlich immer, dass die beiderseitigen Ansprüche sich ihrem Gegenstande nach zur Compensation eigneten[69]). Versagt ist sie dem Depositar, malae fidei possessor, Alimentenschuldner, dem Schuldner des Staates oder des städtischen Fiscus wegen öffentlicher Abgaben oder Forderungen des Fiscus auf den Kaufpreis verkaufter Sachen (überhaupt ist, obschon der Fiscus nur eine juristische Person bildet, auch die Compensation der Forderung an die eine fiskalische Station gegen eine Schuld an die andere Station, weil sonst die Verwaltung zu verwickelt würde, unstatthaft), endlich gegen Forderungen einer Stadtgemeinde aus Darlehen und Vermächtnissen. Besonderen Bestimmungen in Betreff der Compensation unterlagen auch die argentarii[70]) und Vermögenskäufer[71]).

In den vorstehenden Fällen erlischt die Obligation durch Rechtsgeschäfte, welche die Beendigung derselben bezwecken, in den folgenden dagegen durch Thatsachen, welche ohne einen darauf gerichteten Willen der Parteien die Obligation aufheben.

VI. Eine Forderung erlischt auch durch confusio, d. h. dadurch, dass creditor und debitor, z. B. durch Erbschaft, in einer Person zusammentreffen[72]) oder dadurch, dass zwei Forderungen auf dasselbe Object oder zwei solche Verbindlichkeiten in einer Person zusammentreffen, z. B. wenn principale und Bürgschaftschuld durch Erbgang in einer Person zusammentreffen (wo dann die Hauptschuld allein, oder wenn diese nicht klagbar, die Bürgschaftsschuld aber klagbar ist, die letztere allein als plenior bestehen bleibt). Ebenso hebt, wenn zwei Correalforderungen oder zwei Correalschulden durch Erbgang in einer Person zusammentreffen, die plenior obligatio die minus plena auf, oder wenn beide Obligationen eiusdem potestatis sind, hat der Gläubiger die Wahl, welche von den Obligationen er geltend machen will[73]).

VII. Mit Aufhören der Vermögensrechtsfähigkeit des Schuldners musste auch die Obligation als Vermögensrecht aufhören[74]). Nur Delictsforderungen und solche Forderungen, welche nicht sowohl das Rechtssubject als solches, als vielmehr den Menschen an-

compensatur. Göttingen 1858.; Schwanert, Die Compensation nach röm. Recht. Rostock 1871. Bruns a. a. O. S. 401.

68) Paul. II. 5. 3; §. 30. Inst. de act. IV. 6. — 69) C. 4. de compens. IV. 31. — 70) S. o. §. 120. nr. V. 3. b. — 71) Gai. IV. 64—68; s. o. §. 120. nr. V. 4. b. — 72) S. o. §. 95. nr. 6. S. 193. — 73) L. 13. de duobus reis. XLV. 2.; l. 5. de fideiussor. XLVI. 1.; l. 93. §. 2. de solut. XLVI. 3. — 74) S. o. §. 42. S. 91 f.

gehen (quae naturalem praestationem habere intelliguntur), wie Alimenten-, Dotal-Forderungen, erloschen durch capitis diminutio nicht[75]). Jedoch gewährte das prätorische Edict den Gläubigern Billigkeits halber dadurch Abhülfe, dass es fingirte, es habe keine capitis minutio stattgefunden[76]), und nach justin. Rechte bewirkte die cap. dim. minima des Schuldners überhaupt nicht mehr den Untergang der Schulden desselben. Die Forderungsrechte des capite minutus gingen mit dessen Vermögen auf ein neues Subject über[77]), gingen jedoch unter, soweit sie rein persönliche waren.

VIII. Durch Tod des Gläubigers oder Schuldners hört nur der fernere Bestand der Obligation auf, welche wie societas, mandatum, receptum arbitri, Dienstmiethe, Alimentenforderungen u. dgl. an eine bestimmte Individualität geknüpft sind[78]); und bei societas und compromissum tritt dasselbe auch durch Verarmung eines Contrahenten ein.

IX. Verwirkung der Forderung trifft den Gläubiger zur Strafe wegen unerlaubter Cession[79]); den Vormund wenn er seine Forderung an den Mündel bei Uebernahme der Vormundschaft verschweigt[80]); jedoch bleibt eine naturalis obligatio bestehen, so dass das solutum nicht zurückgefordert werden kann, „si poena causa eius, cui debetur, debitor liberatus est"[81]).

X. Wenn ohne culpa des debitor (also auch ohne dass er in mora war) die Leistung einer species, worauf die Obligation gerichtet ist, physisch oder juristisch unmöglich wird, so geht dadurch die Obligation unter[82]). Wenn aber der Gegenstand nicht individuell bestimmt ist, so kann jener Erlöschungsgrund wegen Unmöglichkeit auch nicht eintreten (genus perire non censetur)[83]) und bei alternativen Forderungen tritt jener Erlöschungsgrund erst mit dem Untergang aller Gegenstände ein[84]).

XI. Auch die Nutzlosigkeit der Erfüllung (exceptio tua non interest[85]), sowie

XII. *Concursus duarum causarum lucrativarum*[86]) tilgen die Obligation wegen rechtlicher Unmöglichkeit der Erfüllung.

75) L. 2. §. 3; l. 8 sqq. de cap. dim. IV. 5. — 76) Gai. III. 84. IV. 38. — 77) S. §. 42. S. 91.; Gai. III. 83. — 78) Ueber Delicts-Obligationen vgl. o. §. 116. — 79) S. o. §. 181. S. 425 f. — 80) Nov. 72. c. 4. — 81) Pomp. l. 19. pr. de condict. ind. XII. 6. — 82) L. 33. 37. 83. §. 5. de V. O. XLV. 1; §. 3. Inst. de emt. III. 23.; l. 63. §. 10. pr. socio XVII. 2; l. 107. de solut. XLVI. 3., s. o. §. 184. VI. S. 445 f. — 83) L. 42. de iure dot. XXIII. 2; l. 1. §. 4. de O. et A. XLIV. 7; l. 11. Cod. si certum pet. IV. 2. — 84) S. o. §. 179. S. 413. — 85) S. o. §. 75. S. 157. — 86) S. o. §. 95. nr. 8. S. 193; §. 6. Inst. de legat. II. 20.

XIII. Wenn die Hauptschuld getilgt ist, erlischt damit auch die accessorische Obligation wegen Mangels eines Objects[87]).

XIV. Inwiefern *condicio*, *dies*, *modus* die Beendigung einer Obligation herbeiführen können, ist bereits im allgemeinen Theile dieses Buches[88]) gezeigt worden.

XV. Durch die Geltendmachung einer exceptio peremtoria wird die Obligation ebenso vernichtet, als wenn sie ipso iure vernichtet wäre.

Paul. I. 112. de R. I. 4. 17.. „Nihil interest, ipso *iure* quis actionem non habeat, an *per exceptionem* infirmetur."

Unter den Erlöschungsgründen ope exceptionis[89]) sind ausser der Compensation [90]) namentlich hervor zu heben:

1. Eine obligatio erlischt durch richterliches Urtheil *(exceptio rei iudicatae)*, ursprünglich auch durch *exceptio rei in iudicium deductae*[91]).

2. Durch *exceptio praescriptionis*, d. h. durch Klagenverjährung[92]). Eine richtiger zu verneinende Streitfrage ist es, ob hier eine naturalis obligatio übrig bleibe[93]).

Am meisten scheint für die Ansicht, dass nach Verjährung der actio in personam eine naturalis obligatio übrig bleibe, der Umstand zu sprechen, dass die Verjährung des persönlichen Anspruchs den Pfandanspruch nicht aufhebt[94]). Die röm. Quellen sagen aber überhaupt in den Fällen, wo die durch das Pfandrecht versicherte Obligation ohne Befriedigung des Gläubigers untergegangen ist[95]): „remanet propter pignus naturalis obligatio"[96]). Es wird in diesen Fällen also nicht die Fortdauer des Pfandrechts wegen der naturalis obligatio, sondern die Fortdauer der naturalis obligatio wegen des Pfandrechts angenommen. Durch das Hinzutreten des Pfandanspruchs ist noch ein weiteres Band für die Obligation hinzugekommen, und nachdem mit der Verjährung des persönlichen Anspruchs alle sonstigen Wirkungen erloschen sind, wird die Obligation nur noch aufrecht gehalten durch den Fortbestand des Pfandanspruchs und nur in dieser einzigen Richtung und mit dieser einzigen Wir-

87) Pr. Inst. quib. mod. toll. obl. III. 29; l. 6. pr. quib. mod. pign. XX. 6; l. 43. de solut. XLVI. 3; l. 4. Cod. fideiuss. VIII. 41.

88) S. o. §. 86—88. S. 173. — 89) S. o. §. 95. nr. II. S. 192; §. 121. nr. II. S. 248 f. — 90) S. o. nr. V. — 91) S. o. §. 124. nr. II. 1. S. 262; §. 130. nr. V. S. 273. — 92) S. o. §. 118. nr. III. S. 238 f.; §. 114. nr. II. 10. S. 224. — 93) Vgl. die Literaturübersicht bei Arndts Pand. §. 277. Anm.; Windscheid §. 112; Vangerow §. 151. — 94) L. 7. Cod. de praescr. XXX. ann. VII. 39.; vgl. l. 2. Cod. de tuit. pign. VIII. 31. — 95) S. §. 177. nr. I. — 96) L. 59. pr. D. ad S. C. Trebell. XXXVI. 1.; l. 38. §. 5. de solut. XLVI. 3.; l. 13. §. 4. de pignor. XX. 1. —

kung bleibt noch eine naturalis obligatio bestehen, bis auch der Pfandanspruch erloschen ist.

3. Durch *exceptio transactionis*[97]), d. h. durch Vergleich. Dieser ist der Verzicht auf ein ungewisses bestrittenes Vermögens-Recht gegen Erlangung eines andern sicheren Vermögens-Rechtes. Der Vergleich ist ungültig, wenn sich nachher (z. B. durch Auffinden neuer Urkunden) herausstellt, dass das auf Grund der von beiden Parteien als richtig vorausgesetzten Thatsachen aufgegebene Recht gar nicht unsicher war. Wenn dem andern Theile das Recht, auf welches wir durch einseitigen Vergleich verzichteten, von einem Dritten abgestritten wird, so brauchen wir desshalb keine Eviction zu leisten, weil darin ohnehin eine Schenkung lag, wohl aber können wir eine solche verlangen, wenn uns von Jemandem das Recht abgestritten wird, welches wir für den Verzicht erhielten.

Eine besondere Art von Vergleich ist die Bestellung eines *Schiedsrichters*[98]).

Eine besondere Art von Vergleich ist endlich auch die Uebereinkunft, wornach über einen streitigen Rechtsanspruch durch den Eid einer Partei entschieden werden soll *(iuramentum conventionale)*. Durch die Ausschwörung eines solchen Eides wird eine *actio* oder *exceptio iurisiurandi* begründet[99]).

4. Endlich erlischt überhaupt eine Obligation ganz oder theilweise, so oft ihren Klagen eine exceptio doli[100]) oder exceptio metus[101]) mit Erfolg entgegengestellt wird.

97) Dig. II. 15. de transactionibus.; Cod. II. 4.; libr. x. I. 36; Risch, Die Lehre vom Vergleiche mit Ausschluss des Eides und Compromisses. Erlangen 1855.

98) Vgl. o. §. 218. nr. II. 3. S. 535. — 99) L. 2. 5. §. 2. 4; l. 6. 9. §. 1; l. 31. i. f. de iureiur. XII. 2; Vgl. o. §. 122. nr. III. 4. S. 256. — 100) S. o. §. 80. S. 166; §. 121. nr. III. S. 249. — 101) S. o. §. 80. S. 163.

Viertes Buch.

Das Familienrecht.

Kapitel I.

Das Eherecht.

§. 220. Begriff und Wesen der Ehe[1]).

„Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio“, „individuam vitae consuetudinem continens“, sagen die röm. und canon. Rechtsquellen 1[a]).

I. Die Ehe ist die vollständige und auf Lebensdauer eingegangene Gemeinschaft aller Lebensverhältnisse zwischen Einem Manne und Einem Weibe. Als ein wesentliches Merkmal der Ehe galt schon den Römern der *affectus maritalis*, d. h. dass die Frau als gleichstehende Lebensgefährtin am Range und Stande des Mannes Theil nimmt.

§. 220. 1) Gai. I. 56—64; Ulp. V.; Paul. S. R. II. 19; Collat. 6; Inst. I. 10; Dig. XXIII—XXV; Cod. V. 1—27; Theod. Cod. III. 7—14. — Decrett. lib. IV.; Hölder, Die römische Ehe. Zürich 1874.; Bartels, Ehe und Verlöbniss nach gem. und part. Rechte in Hannover. Hannov. 1871; Unger, Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwickelung. Wien 1850; Bruns in Holtzendorff's Encycl. III. 1. §. 76—78. S. 415 ff.; Hinschius in Holtzend. Rechtslexicon s. v. Ehe.; Hinschius, Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes. Berlin 1875; Kletke, Gesetz über die Beurk. des Personenstandes etc. Berlin 1875; Wissmann, das Ehe- und Famil.-R. in Preussen. Berlin 1875; Stölzel, Deutsches Eheschliessungsrecht. Berlin 1875; Das Deutsche Reichscivilehegesetz vom 6. Febr. 1875 sehe man auch mit Erläuterungen von Dr. B. Kah in Vering's Archiv für kath. Kirchenr. Bd. 33. S. 402 ff.; — Schulte, Handbuch des kath. Eherechts. Giessen 1855; Kutschker, Das Eherecht der kath. Kirche. 5 Bde. Wien 1856. f.; Vering, Lehrbuch des Kirchenrechts. §. 177 ff. Man vgl. auch Post, Die Geschlechtsverhältnisse der Urzeit und die Entstehung der Ehe. Oldenburg 1875, sowie manches Zerstreute aus dem Werke von Bastian, Die Rechtsverhältnisse bei verschiedenen Völkern der Erde. Berlin 1872.

1 a) Vgl. l. 1. Dig. de ritu nupt. XXIII. 2; §. 1. Inst. de patr. pot. I. 11.; c. 3. C. 27. q. 2; c. 11. X. de praesumt. II. 23.

Die Ehe ist schon nach röm. Rechte kein Vertrag[1]) im römischen Sinne des Wortes (kein contractus oder pactum)[2]). Bei der Eheschliessung findet zwar auch ein acceptirtes Versprechen und insofern etwas einem Vertrage Aehnliches statt; aber der Gegenstand der Willenseinigung ist bei der Eheschliessung ein anderer, als bei einem Vertrage im gewöhnlichen juristischen Sinne des Wortes[3]). Denn 1) die Ehe ist ihren wesentlichen Rechten und Pflichten nach von Natur so fest bestimmt, dass daran durch private Verfügung und den subjectiven Willen nichts geändert werden kann; während bei den Verträgen die Parteien durch ihren Willen die näheren Bestimmungen in Betreff ihrer gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten treffen können. 2) Bei der Eheschliessung haben die Parteien nicht, wie beim Abschlusse eines Vertrages, die Absicht, durch Erfüllung ihrer Pflichten das eingegangene Verhältniss wieder aufzulösen. 3) Den Gegenstand der Ehe bildet die Gesammtheit der Lebensgemeinschaft, darunter viele Anforderungen und Pflichten vorherrschend sittlicher Natur, die sich dem Gebiete erzwingbarer Rechte und Verbindlichkeiten entziehen; die eheliche Liebe und Treue u. s. w. sind nicht eigentlich, wie die Gegenstände wirklicher Obligationen, in Geld abzuschätzen. 4) Um so weniger kann die Ehe nach canon. Rechte und den Glaubenssätzen der katholischen Kirche als ein Vertrag aufgefasst werden, indem die Ehe hier als Sacrament gilt[4]), welches wieder nicht den Gegenstand eines Vertrages bilden kann. Freilich spricht das canon. Recht[5]) in uneigentlichem Sinne von einem contractus matrimonialis, und versteht darunter das Ehesacrament selbst, insofern nämlich der Willensact der beiden zur Ehe schreitenden Personen die Grundlage für das ganze eheliche Verhältniss bildet, und also in der gegenseitigen Erklärung des Ehe-Consenses — oder wenn man es so nennen will, in dem contractus matrimonialis — die Ehe, das Ehesacrament selbst beruht, und somit dieser Vertrag und das Sacrament in keiner Weise zu trennen oder zu unterscheiden sind[6]).

II. Nur die in *iustis nuptiis*, d. h. in civilrechtlich gültiger Ehe erzeugten Kinder fielen in die potestas ihres Vaters. *Iustae nuptiae* konnten nur unter römischen Bürgern, unter Peregrinen nur dann stattfinden, wenn diesen durch Privileg das *connubium*, d. h. die Fähigkeit zu einer civilrechtlich gültigen Ehe[7]) mit den

1) Vgl. auch Kant, Rechtslehre §. 23— 27. — 2) Vgl. o. §. 77. S. 160. — 3) S. o. §. 188. I. S. 450. — 4) Conc. Trid. sess. 24. c. IV. 12. — 5) Vgl. auch Catech. Rom. P. II. c. 8. §. 5—7. — 6) Vgl. Vering's Ausführungen im Archiv für kath. Kirchenrecht Bd. VII. S. 35 ff. Bd. XI. S. 194 f. — 7) Ulp. V. 3—6; Gai. I. 56. 57. 59. Vgl. o. §. 42. S. 90.

Römern verliehen war; bis zur lex Canuleia v. J. 309 d. St. bestand auch zwischen Patriciern und Plebejern kein connubium. Eine Ehe unter Personen, die kein connubium mit einander hatten, war ein *matrimonium naturale*, *iuris gentium*. Auch hier war die Frau eine wahre uxor, und die Kinder waren hier keine spurii, vulgo concepti, sondern eheliche Kinder. Aber bei der Frau und den Kindern fielen hier die besonderen civilen Rechte weg. Es gab hier kein Dotalrecht[8]) und kein Erbrecht (bonorum possessio unde vir et uxor) unter den Ehegatten. Und die Kinder folgten dem Stande, den die Mutter im Augenblicke der Niederkunft hatte; sie waren nicht iusti patris filii, keine Agnaten (also ursprünglich auch ohne Erbrecht), sondern blosse Cognaten ihres Vaters[9]). Seitdem alle römischen Staatsangehörigen römische Bürger waren[10]) hörte auch der Unterschied des matrimonium iuris gentium von den iustae nuptiae auf[11]). Nur noch bei deportati fand das matrimonium iuris gentium statt[12]). Aber auch das war bei uns niemals practisch.

III. Mit der Ehe war bei den Römern ursprünglich regelmässig eine *manus* über die Frau verbunden, d. h. die Frau trat aus ihrem bisherigen Familienverbande in die Familiengewalt des Mannes oder von dessen pater familias[13]); jedoch gab es schon nach den XII Tafeln Ehen ohne Verbindung mit einer manus und seit dem 6. Jahrh. d. St. wurden die Ehen ohne manus, sog. freie Ehen, gewöhnlicher. Die manus, welche an und für sich das Wesen der Ehe als solcher unberührt liess, konnte aber auch ohne eine Ehe vorübergehend vorkommen, um eine Veränderung in den Familienverhältnissen herbeizuführen. In der späteren Kaiserzeit verlor sie sich allmählich ganz[14]).

IV. Wenn zwei unverheirathete Personen in einer auf Lebensdauer berechneten monogamischen Geschlechtsverbindung wie Ehegatten standen, aber so, dass die Frau in ihrem bisherigen Stande verblieb, und der Mann in der Frau keine ihm gleichstehende, sondern nur eine unter ihm stehende Lebensgenossin, keine uxor erkannte, so dass der affectus maritalis, das pleno honoris diligere fehlte, so nannten die Römer dieses Verhältniss *concubinatus*[15]). War die Concubine eine persona honesta gewesen, so verlor sie als Concubina sogar ihren guten Namen[16]). Die im Concubinate ge-

8) S. u. §. 226. — 9) Gai. I. 87. — 10) S. o. §. 49. nr. VII. S. 121. — 11) L. un. Th. Cod. de nupt. III. 14.; §. 1. Inst. de nupt. I. 10. — 12) L. 5. §. 1. de bon. damnator. XLVIII. 21. — 13) S. o. §. 42. S. 89 ff.; u. §. 223. — 14) S. u. §. 223. — 15) S. o. §. 59. S. 135.; Paul. S. R. II. 20.; Dig. XXV. 7; Cod. V. 26; Nov. 18. c. 5; Nov. 89. c. 12. — 16) L. 41. §. 1. de R. N. XXIII. 2.

zeugten Kinder gehörten in die Klasse der spurii (unehelichen Kinder), befanden sich auch ursprünglich ganz in derselben Lage, wie andere uneheliche Kinder[17]; jedoch wurden sie seit Constantin technisch mit dem besonderen Namen *liberi naturales* ausgezeichnet[18]; auch konnten sie seit Constantin, und wie derselbe eigentlich zu erreichen suchte, sollten sie durch Legitimation zu ehelichen Kindern gemacht werden[19], und seit Justinian hatten sie auch einen Anspruch auf Alimente sowie ein beschränktes Intestaterbrecht auf $^1/_6$ gegenüber ihrem Vater[20].

V. Die *lex Iulia* de maritandis ordinibus[21] (v. J. 757 d. St.) et *Papia Poppaea* (v. J. 762 d. St.) unter Augustus sanctionirte dieses während der Republik aufgekommene Geschlechtsverhältniss förmlich (als licita consuetudo, legitimum conjugium), namentlich als Geschlechtsverhältniss mit solchen Personen, die, weil sie niederen Standes (in quas stuprum non committitur) oder infam waren, nicht Ehegatten sein sollten[22]. Bei einer Persona honesta, mit welcher eine Ehe möglich war, wurde eine besondere testatio zum Concubinat gefordert, indem sonst eine wirkliche Ehe angenommen wurde[23]. Die lex J. et P. P.[24] gebot allen Männern von ihrem 20. bis zum 60. Lebensjahre, und allen Weibern von ihrem 18. bis

17) Vgl. l. 45. de vulg. subst. XXVIII. 6; l. 17. §. 4. ad S. C. Treb. XXXVI. 1. — 18) Nov. 89 praef. s. o. §. 59. S. 135.

19) Constantin verbot im J. 336 dem natürlichen Vater alle Zuwendungen an die liberi naturales; solche Zuwendungen sollten an die ehelichen Kinder und in deren Ermangelung an die consanguinischen Geschwister oder die Eltern und sonst an den Fiscus fallen. C. 1. Cod. de nat. lib. V. 27; c. 2. 3. Th. Cod. eod. IV. 6. Valentinian, Valens und Gratian milderten diese Bestimmung dahin, dass der natürliche Vater seinen Concubinenkindern, falls er selbst weder eheliche Nachkommen, noch Vater oder Mutter hinterlasse, ein Zwölftel (uncia) seines Vermögens hinterlassen, und ausserdem ein Viertel (tres uncias) zuwenden dürfe (c. 4. Th. Cod. eod. IV. 6.). Justinian milderte dann diese Bestimmungen noch mehr. Vgl. den Text zur folg. Note.

20) L. 8. Cod. de nat. liber. V. 27; Nov. 18. c. 5; Nov. 89. c. 12. 13.; Vgl. u. §. 254. nr. IV. — 21) Vgl. Unger a. a. O. S. 85 ff.; Zumpt, Ueber den Stand der Bevölkerung und die Volksvermehrung im Alterthum. Berlin 1845. (Acad. der Wissenschaft.); Ihering, Geist des röm. Rechts. III. 1. S. 253 f. — 22) S. u. S. 559. — 23) L. 3. de concub. XXVIII. 4.; l. 24. de R. N. XXIII. 2.

24) Vgl. die Details bei Rudorff, Röm. Rgsch. I. §. 27. S. 64 ff. Einen Commentar ad leg. Iul. et P. P. nebst Restitutionsversuch machte Heineccius Amstelod. 1736. Die wichtigsten Stellen der leges Iul. et P. P. hat Demelius, Legum quae ad ius civ. spect. fragmenta. Weimar 1857., einige Bruns, Fontes ed. II. p. 87 f. abdrucken lassen. Von den römischen Juristen hatten Terentius Clemens, Lucius Mauricianus, Ulpius Marcellus, Gaius, Ulpian und Paulus Commentare zu jenen leges verfasst.

50. Lebensjahre entweder in einer Ehe oder in einen Concubinat zu treten und Kinder zu zeugen, indem sie den caelibes (d. h. Unverheiratheten und nicht im Concubinate Lebenden) und den orbi (d. h. Kinderlosen) privatrechtliche und öffentlichrechtliche Nachtheile androhte[25]. Mit 20 Jahren sollte die Frau, mit 25 der Mann Kinder haben. (Um die Nachtheile der Kinderlosigkeit abzuwenden genügten aber auch monströse Geburten[26].

Spätere SCta machten theils nähere Bestimmungen, theils Modificationen[27].

Ein *S. C. unter Tiberius* v. J. 772 d. St. (19. n. Chr.) verwehrte den Matronen die Umgehung der lex Iulia et Papia Poppaea durch das Gewerbe der Kuppelei[28].

Das S. C. *Persicianum* 787 d. St. (34 n. Chr.) unterwarf auch die Sechziger und Fünfzigerinnen den Nachtheilen des Caelibats und der Orbität, und zwar in der Weise, dass sie sogar, wenn sie jetzt auch noch heiratheten, dadurch jenen Nachtheilen nicht mehr entgehen sollten, obgleich das Heirathen an sich auch in jenem Alter sonst nicht verwehrt wurde. Ein *S. C. Claudianum* machte jedoch zu Gunsten des bereits sechzigjährigen Mannes die Milderung, dass, wenn er eine Frau unter 50 Jahren heirathe, dies noch als ächte Ehe genügen solle. Dieses aber auch auf den Fall auszudehnen, dass eine Fünfzigerin einen noch nicht sechzigjährigen Mann heirathete, verhinderte das *S. C. Calvisianum* unter Nero, indem darnach eine solche Ehe als ein impar matrimonium nicht von den Nachtheilen des Caelibats befreien sollte[29]. Bei diesen Bestimmungen blieb es, bis Justinian[30] das ältere Recht wieder herstellte, wonach es auf ein hohes Alter gar nicht ankommen sollte, sondern auch die Ehen alter Leute wieder vollständig als rechte Ehe gelten sollten[31].

Die Umgehung der lex Julia et Papia Poppaea durch simulirte Adoptionen verhinderte das S. C. Memmianum v. J. 816 (63 n. Chr.)[32].

Der caelebs sollte nach der lex Iulia insbesondere *incapax*, d. h. unfähig sein, testamentarische Zuwendungen zu erwerben, der

25) Gai. II. 111. 144. 202. 286; Ulp. XIII. XVIII. XXII. 3; Paul. S. R. IV. 9. — 26) L. 135. de V. S.; Glück, Comment. II. S. 74 ff. — 27) De infirmandis poenis caelibatus et orbitatis. Theod. Cod. VIII. 16. Cod. VIII. 58. [57.] de iure liberorum. Theod. Cod. VIII. 17. Cod. VIII. 59. [57.]; cf. Cod. IV. 66. qui numero liberorum se excusant. — 28) Sueton. Tiber. 35; Tac. Ann. II. 85. cf. Sueton. Domit. 8; l. 10. §. 2. ad leg. Iul. de adult. XLVIII. 5. — 29) Sueton. Claud. 23; Ulp. XVI. 3. 4. — 30) L. 27. Cod. de nupt. V. 4. — 31) Vgl. auch l. 12. Cod. de legitim. hered. VI. 58. — 32) Tac. Ann. XV. 19; l. 51. §. 1. de legatis. II. (31.); l. 76. de cond. et dem. XXXV. 1. —

orbus nur für die Hälfte capax sein [33]). Für Wiederverheirathungen und die Eingehung der Ehe Verlobter waren gesetzliche Fristen festgestellt. Das *ius liberorum* (wozu in Rom 3, in Italien 4, in den Provinzen 5 Kinder gehörten) gewährte sogar noch Belohnungen: den Vorzug bei Amtsbewerbungen, Nachlass von fehlenden Jahren bei Amtsbewerbungen, Vorrang vor Anderen gleichen Ranges, Excusation von der Vormundschaft, vom Richteramte, Strafmilderung in Rücksicht auf Confiscationen, Befreiung Freigelassener von der Dienstpflicht, sowie auch ein Mittel zur Erlangung der Civität und väterlichen Gewalt [34]). Das ius liberorum wurde auch schon früh als privilegium vom Senate, später vom Kaiser verliehen, sogar auch wohl an Gottheiten, um ihnen die Capacität in Betreff letztwilliger Zuwendungen zu gewähren [35]). Constantin's Söhne hoben die Strafen der Ehe- und Kinderlosigkeit [36]), Honorius und Theodosius die lex decimaria, wonach kinderlose Ehegatten nur die decima capacitas hatten [37]) und Justinian das ganze ius liberorum auf [38]). Justinian lies auch die durch die Augustische Gesetzgebung verworfene [39]), dann unter Beschränkungen wirksam erklärte Bedingung Wittwer oder Wittwe zu bleiben [40]) ohne Beschränkung zu [41]), sowie überhaupt die christlichen Kaiser den ehelosen Stand zu befördern suchten.

Constantin [42]) und Justinian [43]) schärften ein, dass derjenige, der eine Ehefrau habe, nicht auch eine Concubine haben dürfe. Der Concubinat wurde erst durch den Einfluss der Kirche (die in den Fällen, wo nach röm. Recht nur ein Concubinat und keine Ehe stattfinden konnte, den Concubinat als Ehe behandelte und sonst überhaupt als eine unerlaubte Verbindung verwarf, und die im Mittelalter überhaupt die Jurisdiction über die Fleischesvergehen übte), und bürgerlich im Orient durch Leo [44]) im 9. Jahrh., und in Deutschland durch die Reichspolizei-Ordnungen von 1530 und 1577 verboten und als ein fortgesetztes stuprum betrachtet.

§. 221. Die Ehehindernisse [1]).

I. Die Fähigkeit zur Eingehung einer gültigen Ehe fehlte nach römischem Rechte:

33) S. u. §. 258. — 34) S. o. §. 49. nr. VII. S. 121. — 35) Ulp. XVI. Dio Cass. XLV. 2. — 36) L. 1. 2. Cod. h. t. VIII. 58. — 37) L. 1. Cod. VIII. 59. — 38) L. 2. Cod. h. t. VIII. 59. — 39) L. 64. 72. 74. 79. i. f. de condic. et dem. XXXV. 1. — 40) S. u. §. 232., §. 259. — 41) L. 2. 3. Cod. de ind. viduitate VI. 40. Nov. 22. c. 43 sq. — 42) L. un. de Cod. de concubinis. V. 26. — 43) Nov. 18. c. 5; Nov. 89. c. 2. — 44) Nov. 91.

§. 221. 1) Vgl. Danz, Lehrb. der Gesch. des röm. Rechts. 2. Aufl. Bd. 2. §. 92. S. 150 ff. und die dort. Citt.

A. absolut 1. den Unfreien[2]; 2. den impuberes[3]; 3. den furiosi[4]; 4. inwiefern eine Zeit lang unter den Kaisern den bereits Sechzigern oder Fünfzigerinnen wurde schon oben dargestellt[5]; 5. den castrati, thlibiae, thlasiae, indem die künstliche Zeugungsunfähigkeit als ein am ganzen habitus corporis zu Tage tretender Scandal angesehen wurde, während die natürliche Unfähigkeit zur Zeugung (bei den spadones, frigidi, hermaphroditi) die Ehe nicht ausschloss[6]; 6. den sub potestate Befindlichen, wenn ihr Gewalthaber nicht einwilligte, (wo aber seit der lex Julia et Papia Poppaea unter Umständen der Consens des Vaters durch den prätor supplirt werden konnte[7]); 7. den in einer Ehe lebenden Personen[8]. Mehrfache Ehe (Bigamie) hatte ausser der Ungültigkeit der späteren Ehe bei der Frau die Strafe des Ehebruchs, beim Manne nach prätor. Edicte Infamie, und später auch eine Criminalstrafe wegen stuprum zur Folge[9]. Verletzung des Trauerjahres[10] von Seiten der Wittwe oder Geschiedenen zog keine Nichtigkeit der Ehe, aber Infamie und andere Nachtheile nach sich.

B: Relative Voraussetzung einer gültigen Ehe war die Abwesenheit folgender Hindernisse:

1. Verwandtschaft und Affinität, und zwar zunächst die zwischen *Ascendenten* und *Descendenten* und zwar unter diesen von jeher auch im Falle blosser Cognation wie auch der Adoptivverwandtschaft, und bei der Affinität und bei der Adoptivverwandtschaft auch ohne Rücksicht auf den Fortbestand oder Wegfall derselben[11]. Unter *Seitenverwandten* war die Ehe nach altem Recht bis zum Grade der Sobrinen (d. h. bis zum 6. röm. Grade, soweit als das ius osculi, der vertrauliche verwandtschaftliche Umgang gestattet war)[12], unzulässig; später, gegen Ende der Republik, nur mehr unter den Seitenverwandten des 2. und 3. Grades, und mit den Geschwistern der Ascendenten (wegen † *respectus parentelae*)[13]. Claudius liess jedoch in eigenem Interesse durch ein S. C. gestatten, dass man seine Bruderstochter heirathen dürfe[14]. Bei Geschwistern machte

2) Vgl. o. §. 43. nr. II. S. 93; Paul. S. R. II. 19. §. 6. cf. Boeth. in Cic. Top. c. 4; §. 10. Inst. de gradib. III. 6; l. 14. §. 2. de R. N. XXIII. 2. Ueber das *S. C. Claudianum* s. o. §. 44. S. 98. — 3) Vgl. o. §. 56. S. 132; Ulp. V. 2; pr. Inst. h. t. I. 10. — 4) Paul. l. 2. de R. N. XXIII. 2. — 5) Vgl. o. nr. IV. — 6) L. 39. §. 1. de I. D. cf. l. 128. de V. S.; l. 6. de lib. et post; l. 14. §. 1. de man. vind.; Val. Max. VII. 7. 6.; l. 4. §. 2; l. 5. 6. ad leg. Corn. de sic.; l. 6. §. 2; l. 7. de aed ed.; Gai. I. 103; Cod. IV. 42. de eunuchis. — 7) L. 19. Dig. de R. N. — 8) Gai. I. 63. — 9) L. 1. i. f.; l. 13. §. 2. de his qui not. III. 2; l. 11. §. 12. ad leg. Iul. de adult. XLVIII. 5; l. 18. Cod. eod. IX. 9; l. 2. Cod. de inc. nupt. V. 5. — 10) S. u. §. 231. 11) Gai. I. 59. 63; l. 1. §. 3. de concub. — 12) Tacit. Ann. XII. 6. — 13) L. 39. pr. Dig. de R. N. XXIII. 2. — 14) Tac. Ann. XII. 5—7; Sueton. in Claud. 26.

man keinen Unterschied zwischen voll- und halbbürtigen. Die Adoptivverwandtschaft stand in der Seitenlinie nur so lange der Blutsverwandtschaft als Ehehinderniss gleich, als die Agnation dauerte. Die Affinität bewirkte in der Seitenlinie gar kein Ehehinderniss[15]. Dagegen bewirkte sie von jeher nach ius gentium ein Ehehinderniss zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern; die Ehe mit der Wittwe des Stiefsohnes, mit der Stiefmutter der früheren Gattin, mit der Mutter der Braut, mit der früheren Braut des Vaters oder Sohnes u. dgl. betrachtete man Anstandshalber als verboten[16]. Jedoch erst Constantin's Söhne verboten im Occident auch die Ehe mit der Frau des Bruders und mit der Schwester der Frau, und die Gesetzgebung des Orients adoptirte dieses Verbot[17]. Diocletian (im J. 295 n. Chr.)[18] und Constantin (im J. 355)[19] verboten auch wieder die Ehe mit der Bruderstochter, und Constantin's Söhne[20], bedrohten die Ehe des Oheims mit der Nichte mit Todesstrafe, und dieses Verbot bestand, wenn auch mit milderen Strafen, unter Justinian fort[21]. Die Ehen unter Geschwisterkindern (consobrini), die bei den Christen selten waren[22], wollte Theodosius ebenso wie die unter näheren Verwandten mit dem Feuer-Tode bestraft wissen[23]. Sein Sohn Arcadius bestätigte Anfangs dieses Verbot, aber mit milderer Strafbestimmung[24] und sein Bruder Honorius nahm auch für den Occident dieses Gesetz an[25]. Bald darauf hob aber Arcadius das Verbot der Ehen unter consobrini für den Orient ganz auf[26], was Justinian allgemein bestätigte[27]. Justinian verbot dagegen ferner die Ehe zwischen Taufpathen und Täufling[28].

Alle in den verbotenen Verwandtschaftsgraden eingegangenen Ehen galten als incestae et nefariae, waren also auch nach ius gentium ungültig, und die darin erzeugten Kinder waren reine spurii, ebenso wie die aus einer Doppelehe[29].

2. Wegen Standesunterschiedes bestand bis zur *lex Canuleia* (im

15) Ulp. V. 6; l. 39. cit. — 16) Gai. I. 63; §. 6—10. Inst. h. t. I. 10. — 17) L. 2—4. Theod. Cod. de incest. nupt. III. 12. vom Jahre 315 und 514; l. 5. Cod. eod. V. 5. — 18) L. 17. Cod. de nupt. V. 4. — 19) L. 1. Th. Cod. de inc. nupt. III. 12. — 20) L. 3. Cod. Th. de inc. napt. III. 12. v. J. 396; l. 9. Cod. eod. — 21) L. 1. 3. 5. 8. Cod. eod. V. 5; l. 2. Cod. si nupt. V. 8; §. 3. Inst. h. t. I. 10. — 22) August. de civit. Dei XV. 16. — 23) L. 3. Cod. Theod. de incest. III. 12; l. 1. Cod. Theod. si nupt. ex rescr. III. 10; Aurel. Vict. Epit. XLVIII. 10. — 24) L. 3. Cod. Theod. de inc. nupt. III. 12. — 25) L. unica Theod. Cod. si nupt. ex rescr. III. 10. — 26) L. 19. Cod. Inst. de nupt. V. 4. Die beiden Verordnungen von Arcadius und Honorius sind mit wesentlichen Interpolationen in den Cod. Inst. als l. 1. Cod. si nupt. ex rescr. pet. V. 8. und l. 6. Cod. de inc. nupt. V. 5. aufgenommen. — 27) In §. 4. Inst. de nupt. I. 10. ist das in einigen Mscr. vorkommende non wegzulassen. — 28) L. 26. Cod. de nupt. V. 4. — 29) Gai. I. 64; Ulp. V. 7; Cic. pro Clu. V. 14.

J. 309 d. St.) kein connubium zwischen Patriciern und Plebejern[30]. Ehen zwischen einem Freigeborenen und einer Freigelassenen scheinen im ältesten Rom nicht statthaft gewesen zu sein. Ja die libertina scheint nicht einmal aus ihrer gens heraus heirathen gedurft zu haben; so erklärt es sich, wenn der Fecennia Hispala, einer berühmten Bacchanalin zur Belohnung eine gentis enuptio erlaubt wurde[31]. Später scheint dieses Eheverbot in Vergessenheit gerathen zu sein. Die Ehe einer ingenua mit einem libertinus war von jeher gestattet. Untersagt war aber die Ehe des Liberten mit seiner patrona[32]. Jedoch konnte der Richter, wenn die patrona arm und niederen Standes war, die Ehe gestatten[33]. Die leges Iulia et Papia Poppaea bestraften die Ehen Freigeborener mit Infamen, und senatorischer Personen mit Freigelassenen (während sie die Ehen sonstiger ingenui mit libertini durchaus erlaubten) zwar nicht mit Ungültigkeit, aber mit den Strafen des Caelibates[34] und durch SCta und kaiserliche Constitutionen seit Marc. Aurel wurden solche Ehen senatorischer Personen sogar für nichtig erklärt[35]; auch stritt man unter den röm. Juristen bis auf Justinian darüber, ob durch später erlangten senatorischen Rang die Ehe des ingenuus mit der libertina hinterher ungültig werde. Constantin schärfte diese Verbote wieder ein und dehnte sie auf die duumviri und Priester aus[36]. Justinus und Justinian hoben aber die paritas honestatis als Erforderniss der Ehe völlig auf[37]; Justinian verbot jedoch die Ehe einer freien Frau mit einem Colonen[38].

3. Wegen seiner amtlichen Stellung sollte nach einem in Folge einer oratio von Marcus und Commodus erlassenen S. C. der Vormund oder dessen Hauskind nicht die Mündel heirathen oder sich mit ihr verloben, ausser wenn der Vater der Mündel die Ehe genehmigt hätte oder nachdem von der Vormundschaft Rechnung abgelegt worden sei und von der erlangten Grossjährigkeit des Mündels das quadriennium in integrum restitutionis ex capite minoris aetatis abgelaufen sei[39]. Alexander Sever und mandata anderer Kaiser untersagten die Ehe des praeses provinciae mit einer ihm nicht schon vorher verlobten Provincialin. Jedoch war die gegen

30) Liv. IV. 1 sqq.; Cic. de re publ. II. 37. — 31) Liv. XXXIX. 19. — 32) Paul. II. 19. 9. — 33) L. 13. 62. §. 1. de R. N. XXIII. 2; c. 3. de nupt. V. 4. — 34) Ulp. XIII. 1. 2. XVI. 2; l. 43. 44. 49. h. t. XXIII. 2. — 35) L. 16. pr. l. 42. de R. N. XXIII. 2. — 36) L. 16. de sponsal. XXIII. 1; l. 16. Cod. de natur. lib. V. 27. — 37) L. 23. 28. 29. pr. Cod. de nupt. V. 4; Nov. 78. c. 3; Nov. 117. c. 6. — 38) Nov. 22. c. 17. — 39) L. 7. pr. ad leg. Iul. de adult. XLVIII. 5; l. 59. 60. 62. 64. 66. 67. Dig. h. t.; Cod. V. 6. de interdicto matrimonio inter pupillam etc.

dieses Verbot eingegangene Ehe des praeses prov. nicht nichtig. Auch Justinian untersagte den Mönchen und Nonnen die Eingehung einer Ehe, jedoch nicht bei Strafe der Nichtigkeit derselben[40]) und auch den Ordinirten, vom Subdiacon an, untersagte er eine Ehe einzugehen, so dass sonst die Kinder incestuosi sein sollten[41]), während bereits Verheirathete noch die Weihen empfangen konnten.

4) Wegen Verbrechens war nach der lex Iulia de adulteriis die Ehe mit einer verurtheilten oder bereits angeklagten Ehebrecherin mit Strafe bedroht[42]); seit Justinian[43]) war die Ehe zwischen Ehebrecher und Ehebrecherin sogar ungültig, wie schon seit Constantin die Ehe des Entführers mit der Entführten[44]).

5) Wegen Religionsverschiedenheit verbot Constantin auch die Ehe zwischen Christen und Juden[45]).

6) Valentinian verbot die Ehe zwischen röm. Bürgern und Ausländern (gentiles oder barbari)[46]).

Von den bloss auf positivrechtlicher Bestimmung, nicht auf physischem oder sittlichem Naturgesetz beruhenden Ehehindernissen konnte in älterer Zeit durch den Senat[47]), später durch den Kaiser dispensirt werden[48]).

II. Die weitere Entwickelung der Ehehindernisse beruht auf dem canonischen Rechte[49]).

III. Das neue deutsche Reichsgesetz vom 6. Febr. 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und der Eheschliessung[50]) bestimmte:

§. 28. „Die Ehemündigkeit des männlichen Geschlechts tritt mit dem vollendeten 25. Lebensjahre, die des weiblichen Geschlechts mit dem vollendeten sechszehnten Lebensjahre ein. Dispensation ist zulässig."

Nach §. 29—31 ist bei Söhnen bis zur Vollendung des 25., bei Töchtern bis zur Vollendung des 24. Lebensjahres die Einwilligung des Vaters oder nach dessen Tod die der Mutter und dazu bei Minderjährigen auch die des Vormunds, bei Elternlosen blos die Einwilligung des Vormunds nöthig. §. 32 fügt bei: „Im Falle der Versagung der Einwilligung zur Eheschliessung steht gross-

40) Nov. 5. c. 8.; Nov. 6. c. 1. 6. — 41) L. 45. cf. l. 19. Cod. de episc. I. 3; Nov. 6. c. 1; Nov. 123. c. 9. 12. — 42) L. 26; l. 34. §. 1. de R. N. XXIII. 2; l. 11. ad leg. Iul. de adult. XLVIII. 5. — 43) Nov. 134. c. 12. — 44) Th. Cod. IX. 24. 25; Cod. Iust. IX. 13. de raptu virg. Nov. 143. 150. — 45) L. 6. Cod. Theod. de Iudaeis XVI. 8; l. 6. Iust. Cod. eod. I. 9. — 46) L. un. Th. Cod. de nupt. gentilium III. 14. v. J. 365. — 47) Cf. Liv. XXXIX. 19; Plutarch M. Ant. 31.

48) L. 31. 38. 57. 63. 65. Dig. de R. N. XXIII. 2; l. 10. pr. de his qui not. III. 2; l. 23. Cod. de nupt. V. 4; l. 9. Cod. de inc. nupt. V. 5; l. 7. Cod. de interd. matr. VI. 6; Th. Cod. III. 6. et Inst. Cod. V. 7. si quarumque praeditus potestate 10. si nuptiae ex rescr. petantur; Cod. Iust. eod. V. 8; Nov. 139.

49) Vgl. die Lehrbücher des Kirchen- und Eherechts, besonders die oben zu §. 220. pr. citt. — 50) Vgl. darüber die o. §. 220. Note 1. pr. cit. betreff. Schriften.

jährigen Kindern die Klage auf richterliche Ergänzung zu." Ferner bestimmen:

§. 33. „Die Ehe ist verboten 1) zwischen Verwandten in auf- und absteigender Linie, 2) zwischen voll- und halbbürtigen Geschwistern, 3) zwischen Stiefeltern und Stiefkindern, Schwiegereltern und Schwiegerkindern jeden Grades, ohne Unterschied ob das Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältniss auf ehelicher oder ausserehelicher Geburt beruht und ob die Ehe, durch welche die Stief- oder Schwiegerverbindung begründet wird, noch besteht oder nicht, 4) zwischen Personen, deren eine die andere an Kindesstatt angenommen hat, so lange dieses Rechtsverhältniss besteht, 5) zwischen einem wegen Ehebruchs Geschiedenen und seinem Mitschuldigen. Im Falle der Nr. 5. ist Dispensation zulässig."

§. 34. „Niemand darf eine neue Ehe schliessen, bevor seine frühere Ehe aufgelöst, für ungültig oder für nichtig erklärt ist."

§. 35. „Frauen dürfen erst nach Ablauf des zehnten Monats seit Beendigung der früheren Ehe eine weitere Ehe schliessen[51])." Dispensation ist zulässig.

§. 36. „Hinsichtlich der rechtlichen Folgen einer gegen die Bestimmungen der §§. 28 bis 35 geschlossenen Ehe sind die Vorschriften des Landesrechtes massgebend. Dasselbe gilt von dem Einflusse des Zwangs, Irrthums und Betrugs auf die Gültigkeit der Ehe."

§. 37. „Die Eheschliessung eines Pflegebefohlenen mit seinem Vormund oder dessen Kindern ist während der Dauer der Vormundschaft unzulässig. Ist die Ehe gleichwohl geschlossen, so kann dieselbe als ungültig nicht angefochten werden."

§. 38. „Die Vorschriften, welche die Ehe der Militärpersonen, der Landesbeamten und der Ausländer von einer Erlaubniss abhängig machen, werden nicht berührt. Auf die Rechtsgültigkeit der geschlossenen Ehe ist der Mangel dieser Erlaubniss ohne Einfluss. Ein Gleiches gilt von den Vorschriften, welche vor der Eheschliessung eine Nachweisung, Auseinandersetzung oder Sicherstellung des Vermögens erfordern."

§. 39. „Alle Vorschriften, welche das Recht zur Eheschliessung weiter beschränken, als es durch dieses Gesetz geschieht, werden aufgehoben."

[Dies bezieht sich aber selbstverständlich nicht auf die kirchliche Verpflichtung zur Beobachtung der kirchlichen Ehevorschriften[52]).]

§. 40. „Die Befugniss zur Dispensation von Ehehindernissen steht nur dem Staate zu. Ueber die Ausübung dieser Befugniss haben die Landesregierungen zu bestimmen."

§. 222. Von dem Verlöbniss[1]).

Florentin. l. 1. h. t.: „Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum."

I. Unwesentlich ist ein der Eingehung der Ehe vorausgehender

51) S. u. §. 231. — 52) Vgl. auch den §. 82. desselben Ges. und unten §. 223. a. E.

§. 222. Gai, I. 112 sqq.; Ulp. X. 1; Dig. XXIII. 1. de sponsalibus; Th. Cod. III. 5; Inst. Cod. V. 1. eod.; — §. 3. Inst. de donat. II. 7. Th. Cod. III. 5; Inst. Cod. V. 14. u. 13. — Dig. de ritu nuptiarum XXIII. 2. cf. Nov. 22; Dig. XXXIII. 1. de sponsalibus; Th. Cod. III. 5; Cod. V. 1. eod.; Gell. N. A. IV. 4.

Vertrag über dieselbe. Ein Vertrag, wodurch zwei Personen sich versprechen, künftig eine Ehe mit einander eingehen zu wollen (Verlöbniss), heisst *sponsalia*, weil er ursprünglich in der Form der sponsio eingegangen wurde[2]), welche Form jedoch schon nach classischem Rechte nicht mehr nöthig war[3]). Ein Verlöbniss kann auch unter impuberes[4]), sowie auch zwichen einem Provincialbeamten und einer Provincialin[5]) geschlossen werden. Wesentlich ist aber nach röm. Recht die Einwilligung des Inhabers der patria potestas (während nach canon. Rechte der Mangel der elterlichen Einwilligung nur einen Grund zum Rücktritt vom Verlöbniss bildet). Schlossen die Gewalthaber das Verlöbniss für die Kinder, so hatte der Sohn überhaupt, die Tochter nur, wenn ihr ein „indignus moribus vel turpis sponsus" vom Vater ausgewählt war, ein Ablehnungsrecht[6]).

II. Nach altem Rechte konnte wegen Nichthalten der sponsalia mit einer *actio ex stipulatu* auf das id quod interest, auf das pecuniäre Interesse geklagt werden[7]), im späteren Rechte nicht mehr[8]). Das canon. Recht gestattet eine Klage, verhängt jedoch nur kirchliche Censuren, um die Eingehung der Ehe zu erzwingen, und gewährt eventuell eine Vermögensentschädigung.

III. *Conventionalstrafen* wegen Nicht-Erfüllung des Verlöbnisses sind nach röm. und canon. Rechte ungültig[9]), sind nach der heutigen Praxis aber zulässig, und im Falle, dass der betreffende Theil vom Eheversprechen zurücktritt, klagbar.

IV. Schon nach röm. Rechte konnte der Bräutigam oder auch die Braut zum Zeichen des Abschlusses des Verlöbnisses eine arra[10]) hingeben. Eine solche *arra sponsalicia* fällt unter den Begriff der Schenkung überhaupt[11]). Kommt die Ehe dann wirklich zu Stande, so wird die arra entweder zurückgegeben, oder sie wird zur propter nuptias donatio[12]). Kommt die Ehe nicht zu Stande, so muss die arra zurückgegeben werden; jedoch braucht sie nicht zurückerstattet zu werden, wenn der Geber derselben an dem Nichtzustandekommen der Ehe Schuld war; ja wenn der am Nichtzustandekommen der Ehe schuldige Theil eine arra bloss ver-

2) Varro de L. L. VI. 71; Gell. N. A. IV. 4; Paul. ex Festo v. Consponsos; l. 1—3. D. h. t. XXIII. 1. — 3) Ulp. l. 4. h. t. XXIII. 1.: „Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia". — 4) L. 14. h. t. XXIII. 1. — 5) L. 38. de R. N. XXIII. 2. vgl. o. §. 220. nr. V. B. 3. S. 559. — 6) L. 7. §. 1. h. t. XXIII. 1; l. 11. sqq. eod.; pr. Inst. h. t. I. 10; Justinian l. 2. Cod. de nupt. V. 4; cf. l. 10. D. de R. N. XVIII. 2. — 7) Varro de lingua latina. V. 7. Es war dieses nach Gellius IV. 4. altlatinisches Recht. — 8) L. 14. Cod. de nupt. V. 4. — 9) Paul. l. 134. de V. O. XLV. 1; l. 1. Cod. de sponsal. V. 1; l. 2. Cod. de inut. stipul. VIII. 39, c. 29. x. de sponsal. — 10) S. o. §. 193. S. 467. — 11) S. o. §. 93. S. 183. ff.; l. 4. 6. 17. 19. 20. Cod. de donat. ante nupt. V. 3. — 12) S. u. §. 227.

sprochen hatte, muss er sie dennoch leisten; und wenn der Empfänger der arra die Schuld trägt, so muss er dieselbe zurückgeben; die bereits grossjährige Braut muss in diesem Falle sogar das alterum tantum hinzulegen[13]).

V. Geschenke unter Brautleuten geschehen überhaupt immer unter der stillschweigenden Bedingung „si nuptiae erunt subsecutae", und können daher, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt, zurückgefordert werden, es sei denn, dass der Schenker selbst das Nichtzustandekommen der Ehe verschuldete; jedoch kann der Bräutigam, falls das Verlöbniss durch den Tod oder sonst ohne Verschulden eines Theiles aufgelöst und das Geschenk osculo interveniente gemacht war (das osculum galt als Zeichen eines öffentlichen Verlöbnisses), nur die Hälfte zurückfordern[14]). Wegen verbotener Ehen konnten sogar auch die Brautgeschenke confiscirt werden[15]).

VI. Das Verlöbniss erzeugt überhaupt in manchen Beziehungen bereits ähnliche Wirkungen wie die Ehe selbst: die Brautleute waren von den poenae caelibatus frei, wenn sie binnen zwei Jahren, oder ausnahmsweise auch erst später die Ehe abschlossen[16]); sie werden unter den affines mitverstanden[17]) und die Ermordung des einen Verlobten durch den anderen gilt nach der lex Pompeia als parricidium; die Braut kann bereits adulterium begehen[18]), und der Bräutigam kann wegen der ihr zngefügten Iniurien klagen[19]). Infamie trifft denjenigen, welcher bina sponsalia eodem tempore habet; Verlöbnisse sollen vielmehr, ähnlich wie die Ehe, durch repudium aufgelöst werden[20]). Heutzutage bedarf es einer richterlichen Entscheidung im Falle der einseitigen Aufhebung, wenn sich der andere Theil nicht zufrieden gibt. Ein Rücktritt vom Verlöbniss ist aber gestattet, so oft nur ein Grund hervortritt, der eine unglückliche Ehe befürchten liesse. Justinian erlaubte den Rücktritt vom Verlöbniss namentlich auch dann, wenn von dem anderen Theile der Abschluss der Ehe über zwei Jahre verzögert wird.

§. 223. Die Eingehung der Ehe[1]).

I. Die Eingehung der Ehe selbst ist nach röm. Rechte an

13) Fragm. Vat. 262; l. 15. Cod. h. t. V. 3; l. 3. 5. Cod. de sponsal. V. 1. cf. l. 6. Th. Cod. eod. III. 5. — 14) Constantin l. 16. Cod. h. t. V. 3. — 15) L. 4. Cod. de incest. nupt. V. 5. — 16) Gai. l. 17. de spons. XXIII. 1; Sueton. Oct. 34. Dio Cass. XLIV. 16. — 17) S. o. §. 221. S. 558. — 18) Ulp. l. 13. §. 3. 8. ad leg. Iul. de adult. XLVIII. 5. — 19) Ulp. l. 15. §. 24. de iniur. XLVII. 10. — 20) L. 2. §. 2. de divort. XXIV. 2; l. 101. §. 1. de V. S.; l. 1. Cod. h. t. V. 1.

§. 223. 1) Danz Lehrb. der Gesch. des röm. R. Bd. 1. §. 95. S. 157. der 2. Aufl.; Rossbach. Untersuchungen über die röm. Ehe. Stuttgart 1858;

keine Form gebunden; es waren zwar Hochzeitsfeierlichkeiten mancherlei Art gebräuchlich, jedoch hatten sie keine rechtliche Bedeutung. Die irgendwie bekundete Absicht des Mannes und Weibes, dass zwischen ihnen eine Ehe bestehen solle, genügte zur rechtlichen Begründung der Ehe (*„consensus facit nuptias“)*[2]; nur durfte kein Ehehinderniss entgegen stehen[3], und war auch für den in patria potestate Stehenden der Consens des Gewalthabers nöthig; ja man hielt den väterlichen Consens für so wesentlich, dass der filius furiosi nach der strengen Ansicht Aelterer gar nicht heirathen konnte. Der grundlos verweigerte Consens konnte seit der lex Julia et Papia Poppaea gerichtlich supplirt werden[4]. Dass die Tochter des Wahnsinnigen ohne väterlichen Consens und ohne auch erst den Kaiser angehen zu müssen, heirathen dürfe, war schon früh die herrschende Meinung, indem es hier genügte, wenn der Vater nicht widerspreche[5]. Und Marc. Aurel erklärte für die Kinder des Schwachsinnigen (mente captus) überhaupt, die Söhne wie die Töchter eines solchen, Justinian auch für den Sohn des furiosus den väterlichen Consens für unnöthig[6]. Mit dem völligen Aufhören der tutela mulierum seit und nach Claudius hörte auch die Nothwendigkeit der Einwilligung des Tutors beim Weibe auf, ja es scheint schon seit dem Ende der Republik nur bei Manus-Ehen noch hierin strenge gehalten worden zu sein. Zur Heirath der natürlichen Tochter sollte übrigens nach Justinian's Bestimmung die Einwilligung der Mutter und selbst der propinqui eingeholt werden[7].

II. Seit bei der Ehe die schon im classischen Rechte immer seltenere manus sich während der späteren Kaiserzeit allmählich verlor, galt für die Eheschliessung vollständig der oben angegebene Satz: *consensus facit nuptias*. Zur Regelung der Güterverhältnisse wurden aber jetzt, besonders bei Heirathen vornehmerer oder standesungleicher Personen, schriftliche Ehestiftungen üblich, indem früher bei der Manus-Ehe die Frau wie eine filia familias des Mannes alles für diesen erworben und kein eigenes Vermögen hatte, jetzt aber ihr Vermögen für sich behielt. Jedoch sah man keineswegs diese schriftlichen Eheverträge, wo solche errichtet wurden, als die

Hölder. o. zu §. 220. cit.; Bruns. a. a. O. o. §. 78. S. 417 f; Unger. a. a. O. (o. zu §. 220.) S. 86 ff.; Burchardi, Lehrb. des röm. R. II. Thl.: 1. Abth. §. 106; Friedberg, das Recht der Eheschliessung in seiner geschichtlichen Entwickelung. Leipzig 1865.

2) Ulp. l. 30. de R. J.; Nov. 22. c. 3; l. 22. Cod. de nupt. V. 4. — 3) S. o. §. 221. S. 557 ff. — 4) L. 19. de R. N. XXIII. 2; l. 16. de monsal. XXIII. 1. — 5) L. 25. Cod. de nupt. V. 4. — 6) Pr. Inst. h. t. l. 10; Justinian l. 25. Cod. de nupt. V. 4; l. 11 sqq. de sponsalib. XXIII. 1. — 7) L. 1. 20. Cod. de nupt. V. 4.

Form der Eheschliessung an („neque enim tabulas facere matrimonium“)[8]). Justinian forderte aber solche nuptialia oder dotalia instrumenta bei Ehen der personae illustres und Standesungleicher[9]), sowie zur Legitimation der liberi naturales bei der Ehe mit der Concubine[10]). Auch religiös-christliche Gebräuche, Eide in den Kirchen und Aehnliches waren üblich geworden, jedoch ohne für die Gültigkeit der Ehe wesentlich zu sein[11]), wie auch das kirchliche Recht schon seit dem 4. Jahrhundert die Aufgebote (die aber erst das IV. Lateran. Concil 1215 allgemein vorschrieb) und die Einsegnung der Ehe kannte, und die publica matrimonia (d. h. in facie ecclesiae eingegangenen) und die clandestina (d. h. ohne kirchliche Form geschlossenen und daher zwar gültigen, aber der Regel nach unerlaubten) matrimonia unterschied. Aber erst durch Leo den Weisen[12]) wurde die Einsegnung im Orient gesetzliches Erforderniss. Und erst das Concil von Trient verlangte allgemein, dass zur Gültigkeit der Ehe von Christen, in den Pfarreien, wo das betreffende Tridentinische Decret[13]) als solches publicirt sei, der Consens vor dem zuständigen Pfarrer der Braut oder des Bräutigams und 2 Zeugen von den Parteien erklärt werden müsse. Dort wo das Tridentinum nicht publicirt ist, gelten die Ehen noch jetzt in der kathol. Kirche als gültig (wenngleich regelmässig unerlaubt) geschlossen, wenn nur in irgendwelcher, wenn auch formlosen Weise der Ehe-Consens erklärt ist, so dass daher hier auch noch wie nach vortridentinischem Rechte durch Beischlaf unter den Verlobten das Verlöbniss (sponsalia de futuro) in eine Ehe (sponsalia de praesenti) übergeht.

Die symbolischen Bücher der Reformirten und in Folge Gewohnheitsrechtes und bürgerlicher Gesetze überhaupt das jetzige evangelische Kirchenrecht verlangen zur Gültigkeit der Ehe die Trauung durch einen im Amte befindlichen Geistlichen.

III. Nach dem deutschen Reichsgesetz vom 6. Febr. 1875: „über die Form und Beurkundung der Eheschliessung“ §. 41 ff., „kann innerhalb des Gebietes des Deutschen Reichs eine Ehe [bürgerlich] rechtsgültig nur vor dem Standesbeamten geschlossen werden,“ und nach §. 44 ff. „soll der bürgerlichen Eheschliessung ein [bürgerliches] Aufgebot vorausgehen.“ Ferner bestimmt §. 67: „Ein Geistlicher oder anderer Religionsdiener, welcher zu den religiösen Feierlichkeiten einer Eheschliessung schreitet, bevor ihm nachgewiesen worden ist, dass die Ehe vor dem Standesbeamten geschlossen sei, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängniss bis zu drei Monaten bestraft.“ Auf den besonderen Wunsch des Kaisers Wilhelm wurde als §. 82. bestimmt:

8) Papin. l. 31. pr. de donat. XXXIX. 5. — 9) L. 23. §. 7. Cod. de nupt. V. 4; Nov. 117. c. 4; Nov. 74. c. 4; Nov. 78. c. 3. — 10) L. 5. 11 Cod. de nat. lib. V. 27; Nov. 89. c. 8. — 11) Nov. 74. c. 5. — 12) Nov. Leon. 89. — 13) Sess. 24. de ref. matr. c. 1.

„Die kirchlichen Verpflichtungen in Bezug auf Taufe und Trauung werden durch dieses Gesetz nicht berührt[14].“

§. 224. Von der manus[1]).

I. Zur Begründung der manus[2]) wurden gewisse althergebrachte, schon in den XII Tafeln erwähnte Formen beobachtet. Die *manus* wurde auf drei Arten begründet:

a) *per confarreationem*, d. h. durch viele sacrale Formen, namentlich unter Anwendung eines panis farreus (d. h. Spelzbrodes), während dem die Verlobten auf duae sellae iugatae sassen, über die das Vliess des geschlachteten Opferthieres gebreitet war, und in Gegenwart des pontifex maximus und des flamen Dialis, sowie von 10 Zeugen, welche die 10 Curien einer tribus[3]) repräsentirten[4]). Durch diese nur den Patriciern zugängliche Form wurde eine besondere Heiligkeit der manus begründet. Die in einer Ehe mit einer solchen manus gezeugten Kinder hiessen vorzugsweise patrimi und matrimi, und patrimi fungirten bei religiösen Feierlichkeiten als Opferknaben[5]).

b) *per coëmtionem*, d. h. indem der pater familias oder Vormund die Frau dem Manne mancipirte und durch die dabei angewandten Worte (lex mancipii) als Zweck die Begründung der manus angegeben wurde[6]).

c) *usu*, d. h. indem die Frau ein Jahr lang mit dem Manne zusammenlebte, ohne an drei aufeinander folgenden Nächten (per trinoctium) von ihm abwesend zu sein[7]). Jedoch durfte die Frau, um so gleichsam usucapirt werden zu können, nicht unter der tutela legitima stehen. Diese Begründungsform der manus war indessen schon zu Gaius Zeiten, wie derselbe sagt, partim legibus partim desuetudine abgekommen.

II. Die Frau, welche in die manus des Mannes eintrat (in manum mariti convenit) erlitt eine capitis diminutio minima[8]),

14) M. s. zu dem letzteren §. auch den oben zu §. 220 pr. cit. Commentar von Hinschius, ferner Vering in seiner Ausg. von Phillips compend. iur. eccl. edit. 3. §. 259 not. 3. p. 585 sq., Vering, Lehrb. des Kirchenr. §. 182.

§. 223. 1) Tac. Ann. IV. 16; Serv. ad Virg. Aen. II. 155; Gai. I. 14. 24. 111 sqq. 136. IV. 38; Gell. XVIII. 6; Paul. l. 11. Dig. de c. m. IV. 5; Collat. XVI. 6; Karlowa. Die Formen der röm. Ehe und manus. Bonn 1868. — Rossbach a. a. O.; Unger a. a. O. S. 79 ff.; Münderloh, Aus der Zeit der Quiriten. Weimar 1872 (über die coëmtio.) S. 79 ff.; Danz, Lehrb. der Gesch. Bd. 2. §. 93 u. dort. Citt. — 2) Vgl. o. §. 42. §. 220. S. 553. — 3) S. o. §. 14. S. 20. — 4) Gai. I. 112. — 5) Tac. hist. IV. 53. — 6) Gai. I. 113; 123; Coll. IV. 2. 7; Serv. ad Georg. I. 31; Cic. pro Flacco 34; Boeth. ad Top. 3; s. o. §. 49. IV. S. 100; Böcking, Pand. I. 2. Aufl. S. 166. 169. — 7) Gai. I. 109 sqq. Servius ad Aen. IV. 214. — 8) Vgl. o. §. 42. nr. V. 3.

trat aus der potestas ihres pater familias oder tutor legitimus heraus, und dafür mit vollem Agnationsrecht in die familia und hausherrliche Gewalt ihres Mannes hinein. Stand der Gatte noch in der Gewalt seines Vaters, so war sie für diesen neptis loco[9]). Erst mit dem Tode seines Vaters erhielt dann der Gatte die manus über seine Frau[10]). In Beziehung auf die persönlichen Verhältnisse hatte der Gatte über seine uxor in manu nicht die vollen Befugnisse des pater familias. Er konnte ihr zwar testamentarisch einen Vormund bestimmen, wie seiner Tochter[11]), hatte aber nicht das Recht des freien Verkaufs und nicht das ius vitae et necis, wie der Vater; aber er hatte doch eine Strafgewalt über die Frau wegen Verletzung der ehelichen Treue und weiblichen Sitte, bei leichteren ohne, bei schwereren Vergehen unter Zuziehung eines Familienraths aus den Verwandten der Frau bis zu den sobrini und der Hausfreunde[12]). Auch die Zulässigkeit der noxae datio[13]) der Frau in manu scheint sich schon früh verloren zu haben. In allen vermögensrechtlichen Beziehungen stand die manus aber der patria potestas ganz gleich. Die Frau in manu konnte als alieno iuri subiecta persona kein eigenes Vermögen haben, und wenn sie vor dem Eintritte in die manus sui iuris war, so trat durch ihre conventio in manum für den Inhaber derselben eine successio per universitatem, ähnlich wie bei der Arrogation, ein[14]). Das Vermögen der Frau, welches durch conventio in manum an den Mann kam, hiess auch dos[15]). Es erloschen auch hier nach strengem Civilrechte[16]) alle Klagen der Gläubiger gegen die Frau, und der Mann haftete nicht direct für die Schulden. Jedoch gewährte der praetor den Gläubigern ihre Klagen rescissa capitis diminutione als utiles wieder[17]). Ausserdem fiel aller Erwerb der Frau während der manus dem Manne zu; aber dieser musste die Frau gegen die Klagen ex contractu entweder in solidum vertheidigen oder das Vermögen, welches die Frau gehabt haben würde, wenn sie nicht in die manus gekommen wäre, an die Gläubiger abtreten[18]). Bezüglich der Delicte der Frau in manu ist Gaius leider lückenhaft; wahrscheinlich aber haftete der Mann, wenn die Frau daraus wegen des Delictes verurtheilt war, und gegen ihn die actio iudicati angestellt wurde, dann gerade so wie aus Contracten der Frau[19]). Starb die Frau in manu, so konnte von Beerbung derselben wie bei einer

9) Gai. II. 159. III. 3; Ulp. XXII. 14. — 10) Gell. XVIII. 6. — 11) Gai. I. 148–150. — 12) Liv. XXXIX. 18; Tac. Ann. XIII. 32; Gell. X. 23; Dion. Hal. II. 25. — 13) S. o. §. 114. II. 4. S. 221. — 14) Cic. pro Flacco 34; Gai. II. 98; Fr. Vat. 115. — 15) Cic. Top. IV; Fr. Vat. 115. 16) Vgl. o. §. 43. nr. III. — 17) Gai. III. 82—84. — 18) Gai. IV. 80. — 19) Vgl. Gai. IV. 80. mit II, 86, 90, III. 163,

Haustochter nicht die Rede sein, während sie selbst beim Tode des Mannes wie eine Haustochter diesen beerbte[20]. Zwischen ihr und ihren Kindern entstand ein Erbrecht wie unter agnatischen Geschwistern[21].

III. Die manus konnte 1) unwillkürlich endigen analog aus denselben Gründen wie die *patria potestas*[22] durch Tod oder capitis diminutio des Gewalthabers oder der Frau, sowie durch Handlungen des Gewalthabers, die ihn zur Strafe der potestas verlustig machten; und 2) wie die väterliche Gewalt durch Emancipation, so konnte die manus durch Remancipation willkührlich beendigt werden, indem dann derjenige, dem die Frau remancipirt wurde, selbst die Manumission vornahm[23]. Nur die durch *confarreatio* begründete manus konnte ursprünglich gar nicht, später jedoch wegen gewisser Verbrechen, namentlich wegen Ehebruchs, sowie auch durch *diffareatio*, d. h. eine Wiederholung aller Confarreationsfeierlichkeiten mit entgegengesetzter auf Scheidung gerichteter Willenserklärung der Parteien aufgehoben werden[24]. Nach getrennter manus konnte aber die Ehe noch fortdauern, bis auch sie aufgelöst wurde, und ebenso hob eine Ehescheidung die manus noch nicht auf, jedoch konnte die geschiedene Frau die emancipatio fordern[25]. Einen Unterschied zwichen der Scheidung der Ehe mit und der Ehe ohne manus gab es nicht.

IV. Die flamines maiores (Dialis, Martialis und Quirinalis) mussten aus einer Ehe mit Confarreationsmanus stammen und selbst in einer solchen leben. Für diese kam daher die Confarreationsmanus vor, bis durch Constantin das Christenthum zur Staatsreligion erhoben wurde, aber seit einer lex unter Tiberius nur noch, um eine sacrorum communio, nicht um auch eine manus zu begründen[26].

V. Man hatte aber in der späteren Zeit der Republik angefangen, die coëmtio auch zur Begründung einer manus zu benutzen, welche nicht mit einer Ehe verbunden sein sollte, sondern nur der Form nach eine der manus ähnliche Gewalt über das betreffende Frauenzimmer hervorrief, wodurch es möglich und dem coëmtionator bei der coëmtio durch ein pactum fiduciae zur Pflicht gemacht wurde, die Frau an einen Dritten zu remancipiren, damit dieser sie sodann manumittire. Eine solche coëmtio fiduciae causa (im Gegensatze zur coëmtio matrimonii causa) kam vor[27]:

1. *tutelae evitandae causa*[28], d. h. die Frau liess durch ihren

20) Gai. II. 159. 163. III. 3. — 21) Gai. III. 14. Coll. XVI. 2 und 6. — 22) S. u. §. 231. — 23) Gai. I. 115. vgl. o. §. 49. nr. V. S. 117. — 24) Paul. Diac. ex Festo s. v. Diffarreatio. — 25) Gai. I. 127. — 26) Gai. I. 136; Tac. Ann. IV. 16. — 27) Vgl. Jhering, Geist III. 1. S. 267 ff.; Kuntze, Cursus des röm. R. I. §. 793; Vering, Erbr. S. 38. 244. — 28) Gai. I. 144 sq.; Cic. pro Murena 12.

tutor legitimis eine coëmtio mit sich vornehmen, und liess ihn eventuell durch den magistratus dazu zwingen, und liess sich sodann aus der manus remancipiren und aus diesem mancipium wieder manumittiren, so dass sie nun den manumissor zum tutor fiduciarius hatte, und unter Verlust ihrer seitherigen familia, also auch der durch den Familienverband bedingten Erbanwartschaft u. dgl., von der Agnatentutel (die übrigens seit Claudius für alle freigeborenen nicht emancipirten Römerinnen überhaupt aufhörte) ein für allemal und selbst gegen den Willen ihrer Agnaten und Tutoren befreit war;

2. *testamenti faciendi gratia*, d. h. die Frau konnte sich unter Aufopferung ihrer sie am Testiren hindernden Agnatenschaft und somit freilich auch ihrer eigenen Intestaterbansprüche durch coëmtio, remancipatio und manumissio an Stelle des tutor legitimus einen anderen tutor, den tutor fiduciarius (d. h. den, an welchen sie von dem coëmtionator mancipirt und von dem sie aus dem mancipium freigelassen war) verschaffen, unter dessen auctoritas sie dann testiren konnte[29]. Als aber nach Claudius die Agnatentutel aufhörte, so fehlte nun jeder Grund, um die Frauen die Testirbefugniss erst durch eine familiae mutatio erkaufen zu lassen. Demgemäss hob ein S. C. unter Hadrian das Erforderniss der capitis diminutio oder coëmtio ganz auf[30], so dass Frauen jetzt nur dann, wenn sie unter Tutel standen, der auctoritas des Tutors zum Testiren bedurften, und so, dass diese auctoritas ihnen, ausser im Falle der legitima patronorum ac parentum tutela (d. h. bei der durch Freilassung oder Emancipation begründeten Tutel) niemals versagt werden konnte[31]. Seit dieser Zeit zählte man daher, mit der genannten Ausnahme, die auctoritas tutoris bei dem Testamente einer Frau, wie die mancipatio, nur zu den bloss civilen Erfordernissen, durch deren Mangel zwar die civilrechtliche Testamentserbfolge, nicht aber auch die bonorum possessio secundum tabulas ausgeschlossen wurde[32], während zu Cicero's Zeit die capitis diminutio der Frau in Folge vorheriger coëmtio testamenti faciendi gratia, der richtigeren Meinung nach, auch die bonorum possessio ausgeschlossen hatte[33].

3. *sacrorum interimendorum causa*[34], d. h. die femina sui iuris liess sich, um von den lästigen sacra einer angefallenen Erbschaft frei zu werden, von ihrem Vormund durch coëmtio in die manus gewöhnlich eines alten Mannes bringen, unter Beifügung eines

29) Gai. I. 114—115a; Fest. v. Remancipatam. — 30) Gai. I. 115. a. — 31) Gai. II. 112 sq. 118. III. 43; Ulp. XX. 15. — 32) Gai. II. 118—122. — 33) Cic. ad Fam. VII. 21. cf. Top. 4. — 34) Cic. pro Murena XII. 27.

pactum fiduciae, dass derselbe sie sofort an einen Dritten mancipire und damit dann dieser Dritte sie sofort aus dem mancipium wieder frei lasse. Auf den alten Mann war damit die Pflicht zur Leistung der Familiensacra der Frau mit deren Vermögen per universitatem übergegangen, aber der alte Mann hatte sich auch verpflichten müssen, alle einzelnen Vermögensstücke der Frau zurück zu übertragen; die Pflicht der sacra blieb also auf ihm lasten und dafür erhielt er eine gewisse Belohnung [35]).

In der Kaiserzeit verloren sich allmählich auch diese Fälle einer manus dicis gratia, d. h. der blossen vorübergehenden Form einer solchen.

§. 225. Die Wirkungen der Ehe.

I. Die Wirkungen der Ehe selbst sind von denen der manus [1]) wesentlich zu unterscheiden, und sind, wenn wir von den vermögensrechtlichen [2]) und erbrechtlichen [3]) Folgen absehen, hauptsächlich sittlicher Natur. Die Ehegatten sind sich einander zur Treue verpflichtet, sowohl in den geschlechtlichen Beziehungen [4]) (nach röm. Rechte konnte übrigens nur die Frau, nach canon. Rechte kann jedoch ebenso gut der Mann adulterium begehen), wie in allen anderen Lebensverhältnissen [5]). Die Frau schuldet dem Manne reverentia [6]), obsequium, d. h. Sorge und Thätigkeit für das Hauswesen, nicht aber eigentliche operae [7]). Sie theilt Namen, Rang, Gerichtsstand [8]), sowie auch das Domicil des Mannes, ohne dass die Frau auf diese Rechte wirksam verzichten könnte. Der Mann kann die Herausgabe der Frau, selbst von dem, der patria potestas über sie hat, mit dem interdictum de uxore exhibenda et ducenda erzwingen [9]). Mann und Frau sind sich gegenseitig zur Alimentation verpflichtet [10]), haben gegenseitig das † beneficium competentiae [11]), brauchen (nach der lex Julia) kein Zeugniss gegeneinander abzulegen [12]). Wegen Injurien gegen die Frau kann der

35) Vgl. Savigny, Verm. Schr. I. S. 180—204; Jhering, Geist III. 1. §. 58. bei Note 385.

§. 225. 1) S. o. §. 223. — 2) S. u. §. 226 ff. — 3) S. u. §. 252, 254. — 4) L. 13. ad. leg. Iul. de adult. XLVIII. 5; Nov. 117. c. 9. §. 5. — 5) Ulp. l. 22. §. 7. sol. matr. XXIV. 3. — 6) L. 14. §. 1. eod.; l. un. §. 7. Cod. de R. U. A. V. 13. — 7) Cit. l. 22. §. 7. 8. D. XXIV. 3; l. 21. pr.; l. 31. pr. de donat. int. vir. et ux. XXIV. 1; l. 12. §. 1. Cod. qui pot. VIII. 18; Hermog. l. 48. pr. de oper. libert. XXXVIII. 1. — 8) L. 9. Cod. de incol. X. 39. = l. 13. Cod. de dignit. XII. 1; l. 65. Dig. de iud. V. 1. — 9) L. 2. D. de liber. exh. XLIII. 30. — 10) L. 22. §. 7. 8. cit. D. XXIV. 3.; l. 21. pr. l. 31. pr. de don. i. v. et ux. XXIV. 1; l. 29. Cod. de J. D. V. 12. — 11) Vgl. o. §. 130. S. 274 f., l. 20. 17. de re iud. XII. 1; l. 27. 28. solut. matr.; §. 37. Inst. de act. IV. 6; Nov. 97. c. 6. §. 1. — 12) L. 4. de testib. XXII. 5.

Mann, wie wenn sie gegen ihn selbst gerichtet wären, klagen[13]), und er kann die Frau auch ohne besonderen Auftrag (kraft eines mandatum † praesumtum) vor Gericht vertreten[14]). Ferner sind unter den Ehegatten keine pönalen oder infamirenden Klagen zulässig[15]), sondern statt deren sind nur je nach den Umständen Vindicationen, Condictionen und andere entsprechende Forderungsklagen, eventuell actiones in factum anzustellen.

Insbesondere aber stellte das Edict Bestimmungen über das furtum eines Ehegatten gegen den anderen auf[16]). Ein furtum, welches die Frau in manu divortii causa beging, konnte nämlich der Mann (der seinerseits als Inhaber des ius über die Frau gar kein furtum gegen dieselbe begehen konnte) nicht mit einer actio oder condictio, sondern nur vermittelst einer retentio propter res amotas und wohl auch im iudicium domesticum, oder später (wahrscheinlich in Folge einer lex Maenia vom J. 568. d. St.) im iudicium de moribus[17]) verfolgen. Das Edict gewährte aber dem Manne nach der Scheidung wegen der von der uxor in manu gegen ihn begangenen Entwendung eine condictio, die *actio rerum amotarum*[18]). Diese Klage wurde dann auch gegen die nicht in manu stehende Frau, sowie auch gegen den Mann, der die Frau nicht in manu hatte[19]), und auch wegen solcher Entwendungen gegeben, die mit Rücksicht auf den erwarteten Tod des anderen Theiles geschahen, wo aber statt des Todes die Ehescheidung erfolgte[20]). Die Klage ging auch gegen den Vater, falls er in dolo war, oder falls er mit seiner Tochter auf Rückgabe der dos adventitia klagte; aber gegen den Vater ging die Klage nur auf die noch vorhandene Bereicherung[21]). Der Gatte, welcher wegen der Entwendung klagt, kann nach Leistung eines iuramentum calumniae dem anderen Theile einen Eid deferiren: nihil amotum esse, und dieser Eid kann dann nicht zurückgeschoben werden[22]). Das † beneficium competentiae kann gegen die actio rerum amotarum nicht vorgeschützt werden (pendet enim ex furto)[23]). Gegen die Erben konnte die actio rer. amot. nach dem Rechte des Codex nur insoweit angestellt werden, als sie aus dem Diebstahl bereichert waren[24]); nach dem Pandektenrechte scheint es, dass auch die Erben in solidum haften

13) Gai. IV. 221 sq.; §. 2. Inst. de ini. IV. 4; l. 1. §. 2; l. 2. D. eod. XLVII. 10. — 14) L. 21. Cod. de procur. II. 13. — 15) L. 2. 3. §. 2. D. de act. rer. amot. XXV. 2; l. 2. Cod. eod. V. 21; l. 22. §. 4. Cod. de furt. VI. 2. — 16) Ulp. VII. 2; Dig. XXV. 2. de actione rerum amotarum; Cod. V. 21. — 17) Vgl. u. §. 226. nr. XI. — 18) L. 1—3. §. 2. h. t. XXV. 2. — 19) Ulp. l. 7. h. t. XXV. 2. — 20) L. 17. §. 1. eod. — 21) L. 3. i. f. sqq. eod. — 22) L. 11 sqq. eod. — 23) L. 21. i. f. eod. — 24) Diocl. l. ult. Cod. h. t. V. 21.

mussten[25]). Eine condictio furtiva des einen Theiles gegen den anderen ist nur nach der Scheidung wegen eines vor der Ehe begangenen furtum zulässig. Wegen eines in der Ehe begangenen furtum ist übrigens während der Ehe schon eine Vindication oder Condiction zulässig[26]). Sind einem Gatten aber während der Ehe Sachen eines Dritten von dem anderen Gatten entwendet, so stellt der Dritte die Contractsklage auf Rückgabe und der bestohlene Ehegatte schon während der Ehe die actio rerum amotarum an.

II. Schenkungen unter Ehegatten[27]) waren schon nach altem Gewohnheitsrecht (ne mutuato amore invicem spoliarentur) nichtig, es sei denn, es waren Geschenke zu gemeinsamem Nutzen oder Ehrengeschenke, wodurch kein Theil reicher oder ärmer wurde, (oder bis auf Justinian auch Geschenke mit Rücksicht auf eine unter den Ehegatten beschlossene Scheidung), oder Geschenke zur Freilassung eines Sclaven, oder zur Unterstützung naher Angehöriger, oder damit sich der Mann einen latus clavus, d. h. einen rothen Purpurstreifen, das Abzeichen eines senatorischen („Adels-") Standes kaufe, oder dass ein Geldgeschenk zum Wiederaufbau abgebrannter Gebäude gemacht wurde. Justinian nahm auch das kaiserliche Ehepaar von dem Verbote, sich gegenseitig zu beschenken, aus[28]). Schon eine *oratio Septimii Severi et Caracallae* erklärte aber überhaupt die vollzogenen Schenkungen unter Ehegatten (nicht aber auch blosse Schenkversprechen unter denselben, wie Justinian mit Papinian gegenüber der entgegengesetzten Ansicht anderer Juristen entschied)[29]), als *mortis causa donationes*, d. h. wenn der Schenker vor oder mit dem Beschenkten starb und die Schenkung nicht vor seinem Tode widerrufen hatte, für gültig[30]). — Ueber die Beschränkung der Intercessionen der Ehefrau für ihren Ehemann war schon früher die Rede[31]).

III. Der Jurist Q. Mucius Scaevola hatte die Präsumtion aufgestellt, dass der Erwerb der Frau, dessen Quelle sie anständiger Weise nicht nachweisen könne oder wolle, als vom Manne (oder dessen Gewalthaber) herrührend, betrachtet werden solle[32]).

25) Paul. l. 6. §. 4. h. t. XXV. 2. — 26) L. 24 sqq. eod. — 27) Ulp. VII. 1; Paul. S. R. II. 23; Dig. XXIV. 1; Cod. V. 16. de donationib. inter virum et uxor.; Nov. 74. cap. 4; Nov. 162. cap. 1; vgl. Savigny, System IV. §. 162—164; Puchta, Inst. I. §. 31. — 28) L. 26. Cod. h. t. V. 16. — 29) L. 2. 3. h. t. XXIV. 1. — 30) Ulp. l. 22. §. 2. 14. Dig. h. t. XXIV. 1. Anderer Meinung ist Windscheid Pand. §. 509. Note 35. — 31) Vgl. o. §. 182. nr. XI. S. 437 f. — 32) Pompon. l. 51. de don. i. v. et ux. XXIV. 1: „Q. Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est, quod non demonstratur unde habeat, existimari a

Die heutige Praxis hat diese † *praesumtio Muciana* dahin ausgedehnt, dass im Zweifel jedes Vermögensstück als dem Manne gehörig anzusehen sei [33]).

IV. So lange mit der Ehe die manus verbunden war, hatte die Frau kein Vermögen für sich [34]), indem sie wie eine filia familias Alles für den Mann erwarb. Bei der Ehe ohne manus blieb dagegen die Frau in ihrer bisherigen familia und blieben auch ihre Vermögensrechte von denen des Mannes gesondert [35]) und es konnten daher aus vermögensrechtlichen Geschäften auch Klagen der Ehegatten unter einander stattfinden [36]). Jedoch brachte es das Wesen der Ehe mit sich, dass der Mann als Haupt der Ehe und Familie auch die Vermögenrechte derselben nach Aussen hin zu vertreten, zu erwerben und zu verwalten berechtigt und verpflichtet wurde. Der Ehemann hat die vermögensrechtlichen Lasten der Ehe zu tragen [37]), die Frau und Kinder zu alimentiren und daher auch ein Recht auf deren Dienste, *obsequia* [38]). Jedoch wurde es bei der Ehe ohne manus schon früh üblich, dass von Seiten der Frau zur Mitbestreitung der ehelichen Lasten ein Vermögenscomplex, die *dos* [39]), mit in die Ehe eingebracht wurde, und in der christlichen Kaiserzeit kam von Seiten des Mannes die *propter nuptias donatio* [40]) auf, als ein ebenfalls ad matrimonii onera ferenda bestimmter Vermögenscomplex, den Justinian zu einer vollständigen Gegendos machte. Im Uebrigen aber konnte die Frau ihr eigenes Vermögen für sich haben *(bona recepticia, parapherna)*, und wenn sie wollte, auch selbst verwalten [41]). Jedoch bewirkte das Wesen der Ehe, wie schon im Vorstehenden dargestellt wurde, mehrfache Eigenthümlichkeiten in den etwaigen Obligationsverhältnissen der Ehegatten. Auch erhielt der überlebende Gatte am Vermögen des Verstorbenen gewisse Erbberechtigungen [42]), und besondere vermögensrechtliche Beschränkungen wurden in der Kaiserzeit dem Wiederheirathenden zu Gunsten der Kinder erster Ehe auferlegt, und vermögensrechtliche Nachtheile wurden noch insbesondere auf die Verletzungen des

viro aut qui in potestate eius esset ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Q. Mucius probasse"; Alex. l. 6. Cod. eod. V. 16; cf. Plaut. Cas. II. 2. 25 sqq. —

33) Vgl. Glück, Pand. Comm. Bd. 24. S. 390 ff. und dagegen Voet, Comm. ad Pand. XXIV. 1. §. 16. — 34) Ueber die Wirkungen der Ehe auf das Vermögen vgl. Danz, Lehrb. der Gesch. des Röm. R. Bd. II. §. 9. S. 161 ff. der 2. Aufl. u. die dort. Citt. — 35) Cod. IV. 12. ne uxor pro marito vel maritus pro uxore conveniatur; l. 1. Cod. ad leg. Jul. de vi publ. IX. 12. — 36) L. 6. Cod. si quis alteri IV. 50; vgl. o. S. 571. — 37) L. 7. pr. de J. D. XXIII. — 38) Vgl. o. S. 570. — 39) S. u. §. 226. — 40) S. u. §. 227. — 41) S. u. §. 228. — 42) S. u. §. 252. 254.

Trauerjahres gesetzt, sowie auch für den an der Scheidung schuldigen Theil aufgestellt[43]).

Nach heutigem Rechte können die Ehegatten durch Ehevertrag ihre Güterverhältnisse nach Belieben ordnen. Ist kein Ehevertrag darüber geschlossen, so tritt nach dem einen Particularrecht das eine, nach dem anderen das andere eheliche Gütersystem ein. Das römische Dotalsystem [44]) hat nur ein geringes Geltungsgebiet erlangt. Die verschiedenen deutschrechtlichen Gütersysteme sind folgende:

1. das System der Gütervereiniguug (ungezweites Gut). Dabei verwaltet der Mann das gesammte Vermögen der Frau, und verwendet dasselbe mit zur Tragung der Lasten der Ehe, soweit es nicht durch Gesetz oder Vertrag zum Sondergut, vorbehaltenen Gut (bona receptitia) der Frau gemacht ist. Der Mann darf bei jenem System über die Mobilien der Frau beliebig, über die Immobilien dagegen nur mit Zustimmung[45]) der Frau verfügen. Bei Ueberschuldung des Mannes und im Falle des Concurses kann die Frau regelmässig — nicht überall — ihr Eingebrachtes zurückverlangen. Ein selbständiges Verfügungsrecht hat sie im Allgemeinen nur für die Bedürfnisse des Haushalts (sog. Schlüsselgewalt). Nach einigen Particularrechten hat aber auch der Mann bei diesem System der Gütervereinigung nur die beschränkteren Rechte eines Niessbrauchers (sog. ususfructus maritalis oder modificirtes Dotalsystem). Letzteres System tritt auch nach dem Sächs. Ges.-Buch §. 1655 ein, wenn kein Ehevertrag etwas Anderes bestimmt hat, und nach §. 1675 desselben Ges. B. darf der Mann nicht Gegenstände der Frau ohne deren Einwilligung veräussern.

2. Das System der Gütergemeinschaft, eine societas unter den Ehegatten, entweder in Betreff ihres ganzen oder eines gewissen Theiles ihres Vermögens. Wenn die Gemeinschaft das gesammte Vermögen der Ehegatten umfasst, heisst sie allgemeine; beschränkt sie sich auf einen Theil des beiderseitigen Vermögens, particuläre. Letztere kommt vor a) und zwar gewöhnlich als Errungenschaftsgemeinschaft, welche bloss dasjenige umfasst, was einer der Ehegatten oder beide zusammen während der Ehe erwerben, regelmässig jedoch mit Ausschluss des durch blossen Glücksfall oder auf Grund eines lucrativen Titels einem Ehegatten zugefallenen Erwerbes; b) als Collaborationsgemeinschaft, welche sich bloss auf das von beiden Ehegatten durch gemeinsame Thätigkeit Erworbene bezieht, endlich c) selten als eine Mobiliargemeinschaft, wobei die gesammte fahrende Habe gemeinsam wird. So lange die Gütergemeinschaft dauert, verwaltet der Mann das gemeinsame Gut, oder wenn er verschollen oder geisteskrank u. dgl. ist, die Frau. Der Mann darf Veräusserungen daraus titulo oneroso vornehmen, jedoch ganze Quoten d. h. mehr als einzelne Stücke verschenken nur mit Zustimmung der Frau (so nach dem franz. Cod. Art. 1422); nach anderen Rechten (so nach preuss. Landr. Th. II. Tit. 11. §. 378 f., sächs. Ges. B. §. 1698) darf er überhaupt Grundstücke und Gerechtigkeiten an Grund und Boden

43) S. u. 229—232. — 44) S. folg. §. — 45) Ueber das eheliche Güterrecht nach deutschem R. vergl. die zur Ueberschrift des folgenden §. citt. Werke von Schröder und Vocke; Gerber, Deutsch. Privatr. §. 225 ff.; Walter, Deutsches Privatr. §. 189. 205 ff.; Behrend, Deutsch. Privatr. in Holtzendorff's Encycl. Band I. 2. Aufl. S. 478.

nur unter Zustimmung der Frau veräussern oder verpfänden und ebenso Capitalien, die auf den Namen der Frau ausgeliehen sind, nur unter deren Zustimmung aufkündigen und einkassiren. Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft haftet aber stets das ganze Vermögen und bei der Mobiliargemeinschaft das Mobiliarvermögen für die vorehelichen wie für die während der Ehe eingegangenen Schulden eines jeden der Ehegatten, während bei der Errungenschaftsgemeinschaft die Ehegatten ihre Schulden, abgesehen von den Kosten des gemeinschaftlichen Haushalts, der Erziehung und Ausstattung der Kinder nicht gemeinschaftlich machen, sondern jeder persönlich bloss für sich selbst contrahiren wollen, so dass die Gläubiger der von einem Ehegatten eingebrachten oder während der Ehe persönlich von ihm allein contrahirten Schulden sich nur an ihren Schuldner und dessen Vermögen zu halten haben, an die Gütergemeinschaft nur insoweit als die Einkünfte aus dem Sondergut des schuldenden Ehegatten mit derselben in nicht mehr zu unterscheidender Weise vermischt sind, wo dann aber der andere Ehegatte, nachdem die Zahlung aus seinem Antheil mit geleistet wurde, einen Ersatz aus dem Sondergut des Schuldners beanspruchen kann.

§. 226. Von der dos insbesondere[1]).

I. Die Mitgift, *dos* (in der alten Sprache *res uxoria* genannt) ist das Vermögen von Seiten der Frau, welches ad matrimonii onera ferenda bestimmt ist und für die Zeit der Ehe sich im Eigenthum des Mannes (oder dessen Gewalthabers) befindet.

II. Es war von Alters her Sitte, dass der Vater der Tochter, einerlei ob dieselbe noch in seiner Gewalt stand oder emancipirt war, ein dos bestellte, und seit der lex Iulia et Papia Popaea war er auch gesetzlich dazu verpflichtet[2]), seit Justinian sogar eventuell jeder väterliche Ascendent. Der Mutter und den mütterlichen Ascendenten legte Diocletian[3]) die Verpflichtung zur Dotation im Falle einer *magna et probabilis causa vel lege specialiter expressa* auf, über deren Vorhandensein also das Ermessen des Magistrates zu entscheiden hatte. Justinian[4]) legte aber den heterodoxen mütterlichen Ascendenten überhaupt die Pflicht auf, ihre orthodoxen Descendentinnen zu dotiren. Die Frau selbst ist nicht zur

§. 226. 1) Ulp. VI—VII. 3; Paul. S. R. II. 21. b; Vatic. fragm. §§. 94—122; Theod. Cod. III. 13. 15; De iure dotium; Dig. XXIII. 3. (cf. IV. 5.) XXIV. 3. XXV. 1. XXXIII. 4; Cod. V. 12. (cf. X. 11. 13—15. 17—20. 22. 23.); Nov. 91; Nov. 97. cap. 2—6; Nov. 100; Nov. 109. — Bechmann, Das römische Dotalrecht. II. Abthl. Erlangen 1863. 67. — M. Voigt. Die lex Maenia de dote vom J. 568 d. St. Leipzig 1866. Vgl. dazu Arndts in der Ztschr. f. Rechtsgesch. VII. 1. — Czyhlarz. Das röm. Dotalrecht. Giessen 1870; Mandry, Das gemeine Familiengüterrecht. Bd. I. Tübingen 1871. p. 288 ff.; Schröder, Gesch. des ehelichen Güterrechtes in Deutschland. 2 Thle. in 4 Abth. Stettin 1863—73; Vocke, Gemeines eheliches Güter- und Erbrecht in Deutschland. 2 Bde. Nördlingen 1873; Bruns a. a. O. §. 79. S. 418 f.; Danz a. a. O. — 2) L. 19. de Ritu Nupt. XXIII. 2. — 3) L. 14. Cod. h. t. 5. 12. — 4) L. 19. §. 1. Cod. de haeretic. I. 5.

Dotirung verbunden; jedoch wenn die Frau darauf dringt, ist ihr curator zur Bestellung einer dos verpflichtet[5]). Nach canon. Rechte soll auch der stuprator die Verführte dotiren (eigentlich *ducere et dotare*, woraus die Praxis aber machte: *aut duc aut dota*[6])

Die Grösse der gesetzlichen dos hat nöthigenfalls der Richter nach seinem billigen Ermessen mit Rücksicht auf den Stand der Ehegatten und das Vermögen des Dotationspflichtigen zu bestimmen.

Die Frau kann ihren Anspruch auf Dotirung dem Manne abtreten und dadurch die dos für sich wirklich bestellen. Die Verpflichteten genügen aber ihrer Verbindlichkeit, wenn sie eine genügende dos unmittelbar an den Mann entrichten.

Die in Folge gesetzlicher Verpflichtung bestellte dos heisst *necessaria;* die ohne Verpflichtung, aus Liberalität gegen die Frau bestellte *voluntaria*[7])

III. Die vom Vater oder väterlichen Grossvater herrührende oder als Geschenk für den Vater in dessen Namen von einem Dritten bestellte dos heisst *profecticia*; jede sonst von irgend anderer Seite, auch die vom Vater für einen Andern gegebene dos heisst *adventicia.*

IV. Die dos ist *recepticia*, wenn der Besteller sich ausbedingt, dass nach Auflösung der Ehe die dos ihm oder einem Anderen zurückerstattet werde[8])

V. Wenn ausgemacht wird, dass nach Auflösung der Ehe statt der dos eine bestimmte Summe Geldes zurückgegeben werden solle, so heisst die dos *venditionis causa aestimata.* Verschieden von der dos venditionis causa aestimata und im Zweifel statt dieser anzunehmen ist aber die *dos taxationis causa aestimata*, d. h. dass die Dotalsachen selbst restituirt werden sollen, und bloss im Voraus schon eine Taxe für die einzelnen Sachen aufgestellt ist, welche bei Auflösung der Ehe für die etwa durch Schuld des Mannes untergegangenen Sachen statt derselben entrichtet werden soll.

VI. Es muss immer und zwar auch bei der dos necessaria eine wirkliche Bestellung der dos stattfinden.

Die dos kann begründet werden[9]):

5) L. 52. Dig. de admin. tut. I. 9. Cod. eod V. 37. — 6) Cf. c. 1. x. de adult. V. 16; Concil. Trident. XXIV. c. 6. — 7) L. 34. h. t.; l. 21, pr. de don. i. v. et ux.; l. 19. de O et A. XLIV. 7. — 8) Ulp. VI. 3. 5; l. 5. §. 2. §. 6. h. t.

9) Ulp. VI. 1.: *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur;* Ulp. VI. 2. sqq. — l. 48. §. 1. h. t. XXIII. 3; l. 14. de dote praeleg. XXXIII. 4; — l. 32. §. 2. de cond. inst. XII. 6; Cic. pro Caec. 25. pro Flac. XXXIV. 35; l. 1. Cod. de dotis promiss. V. 11; l. 6. Cod. eod. — Vgl. dazu Danz, Lehrb. der Gesch. des Röm. R. Bd. 2. §. 97. S. 162 ff. der 2. Aufl. und die dort Citt.

1. durch *dotis datio*, d. h. unmittelbare Hingabe derselben ohne vorgängiges Versprechen;

2. nach altem Rechte auch durch *dotis dictio*, d. h. durch ein vor Eingehung der Ehe von Seiten der Braut, wenn sie sui iuris war, unter auctoritas ihres tutor, oder von deren paterfamilias, oder einem dazu beauftragten Schuldner der Frau in bestimmte Worte eingekleidetes Versprechen (z. B. centum tibi erunt dotis nomine), wobei keine vorausgehende feierliche Frage und keine förmliche Acceptation von Seiten des Mannes wesentlich war, wenngleich regelmässig eine höfliche Danksagung desselben folgte. An die Stelle der dotis dictio trat seit Theodos II. die *dotis pollicitatio*, d. h. auch das einseitige nicht förmlich acceptirte Versprechen einer dos von Seiten Anderer als jener drei Personen war jetzt klagbar[10]).

3. Durch *dotis promissio*, d. h. durch ein in Stipulationsform gekleidetes acceptirtes Versprechen der dos. Seit Theodos II. war aber auch das formlose *pactum dotale* klagbar[11]).

Das Vermächtniss einer *dos* fiel, je nach dem Inhalte (und ursprünglich auch der Form) des betreffenden Vermächtnisses, entweder unter die datio oder promissio dotis[12]).

Wenn ein gesetzlich Verpflichteter eine dos verspricht, so braucht nicht die Grösse derselben dabei angegeben zu werden, indem diese dann eventuell, wie oben bereits bemerkt wurde, vom Richter nach Stand und Vermögen festgestellt wird. Wenn aber Jemand eine dos voluntaria verspricht, so muss er die Grösse derselben angeben, wenn das Versprechen gültig sein soll[13]). Und wenn der gesetzlich zur Bestellung der dos Verpflichtete sie doch noch ausdrücklich verspricht, so wird immer angenommen, er gebe sie aus eigenen Mitteln, nicht aus dem Vermögen der Tochter, das er etwa in Händen hat; und so soll es gehalten werden, selbst wenn er gesagt hatte, er wolle aus seinen und seiner Tochter Mitteln die dos bestellen, es sei denn, dass er die Summen fixirt hätte, die er aus eigenen und die er aus der Tochter Mitteln geben wolle[14]).

Die Bestellung der dos ist keine Schenkung an den Mann und daher auch durante matrimonio von Seiten der Frau und ohne Insinuation zulässig[15]).

10) Gaii epitome II. 9. §. 3; Vat. fragm. 100; Ulp. VI. 2; Donatus ad Terent. Andria. V. 4. v. 47 sq.; Czyhlarz in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte. 1868. Bd. VII. S. 243 ff.

11) S. o. §. 218 S. 536. — 12) Vgl. §. 283. am Ende. — 13) L. 69. §. 4. D. h. t. XXIII. 3; arg. l. 1. Cod. h. t. V. 11. — 14) Iust. l. 7. Cod. de dot. promiss. V. 11. — 15) L. 19. de R. N. XXIII. 2; l. 6. de collat. XXXVII. 6; l. 7. Cod. de dot. promiss. V. 11; l. 19. 20. Cod. de don. ante nupt. V. 3; l. 31. Cod. h. t. V. 12.

VII. Der freiwillige Besteller der dos kann vor oder bei Bestellung derselben, der Vater auch später noch, so lange die Ehe noch nicht eingegangen ist, besondere Bestimmungen beifügen. Dotalverträge, *pacta dotalia*[16]) heissen alle Verträge, wodurch die Vermögensverhältnisse der Ehegatten normirt werden, namentlich die über die Rückgabe der dos, oder auch solche, wodurch dem Manne grössere Rechte eingeräumt werden, als demselben der Regel nach zustehen. Seit Theodos II. bedürfen die pacta dotalia keiner besonderen Form mehr. Im Allgemeinen gilt hier die gewöhnliche Theorie der Verträge. Ungültig sind jedoch solche Dotalverträge, die gegen das Wesen der Ehe oder gegen die zu Gunsten der dos bestehenden Rechtsvorschriften verstossen[17]).

Nach Abschluss der Ehe kann auch kein Dotalvertrag mehr gültig geschlossen werden, durch welchen dem Manne eine schon constituirte dos wieder entzogen würde. Nur in den Fällen, wo der Mann ausnahmsweise, ohne Gefahr die dos später nochmals ersetzen zu müssen, dieselbe schon während der Ehe restituiren darf[18]), würde ein solches pactum eine exceptio begründen[19]). Auch alle Verträge, durch welche dem Manne der Gewinn der dos, oder das ihm in Betreff der Restitution derselben zustehende † beneficium competentiae, oder der Anspruch auf Ersatz von impensae necessariae entzogen würde, sind ungültig. Ebenso aber auch umgekehrt ein pactum, dass der Ehemann bloss für dolus, nicht auch für culpa haften solle, oder dass die dos, wenn sie an die Frau fällt, in späteren Terminen restituirt werden solle, als die Gesetze es vorschreiben[20]), oder ein nach constituirter dos abgeschlossenes pactum, dass der Mann statt der Frau die dos lucriren solle[21]). Ein Verzicht der Frau auf die Rückforderung der dos ist nur zulässig auf den Fall ihres Todes in der Ehe oder zu Gunsten ihrer Kinder auf den Fall der Scheidung[22]). Eine permutatio dotis gilt nur, wenn sie der Frau nützlich ist[23]).

Während der Ehe geschehende Bürgschaftsbestellungen an die Frau für Restitution der dos sind nach *Gratian*, *Valentinian* und *Theodosius* (a. 381.) ungültig[24]).

16) Paul S. R. II. 22; Dig. XXIII. 4; Cod. IV. 14. — 17) Paul l. 2. h. t. „Rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt." — 18) Vgl. u. Nr. XII. — 19) L. 12. §. 2. h. t.; l. 21. §. 1. de donat. i. v. et ux. — 20) L. 14. 18. h. t. — 21) L. 16. h. t. — 22) L. 2. 26. Dig. h. t.; l. 3. Cod. h. t.; l. 48. sol matr.; l. 1. §. 1. de dote praeleg. — 23) L. 26. de iure dot.; l. 21. l. 29. pr. de pact. dotal. — 24) Theodos. Cod. III. 15. de fideiussoribus dotium; Cod. V. 20. ne fideiussores vel mandatores dotium dentur; was die Compilatoren auch in einer Stelle des Paulus einfügten. l. 7. pr. de exc. rei iud. XLIV. 1.

Justinian bestimmte auch, es dürfe keine Ungleichheit der dos und antipherna[25]) festgestellt werden[26]).

VIII. Vor Abschluss der Ehe kann die Leistung der dos nicht eingeklagt werden. Das dem Bräutigam vor der Eingehung der Ehe bereits als dos Hingegebene kann, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt, mit einer *condictio causa data, causa non secuta* zurückgefordert werden[27]). Nach klassischem Rechte (wahrscheinlich in Folge einer *lex Maenia* v. J. 568 d. St.)[28]) musste die Entrichtung der dos, insofern sie in res fungibiles bestand, in drei gleichen Raten mit einjährigen und zwar 10monatlichen Terminen *(annua, bima, trima die)*, und insofern sie in res non fungibiles bestand, sogleich bei Eingehung der Ehe geschehen[29]). Nach justinianischem Rechte müssen Immobilien sofort nach Eingehung der Ehe, und Mobilien intra annum zurück geleistet werden, und es sind von Immobilien, Renten, Geld oder dem Taxwerthe der Mobilien, wenn die Entrichtung zwei Jahre nach Abschluss der Ehe verzögert wurde, von da an, ohne dass es einer Mahnung bedürfte, die Früchte zu leisten oder 4 % Zinsen zu zahlen[30]). Die Frau selbst, sowie deren väterliche Ascendenten haben gegen die Klage des Mannes auf Leistung der dos das † beneficium competentiae[31]).

IX. Wenn ein Dritter dem Ehemann die Dotalsachen evincirt, so kann der Mann im Falle dass eine dos voluntaria ihm durch unmittelbare datio bestellt wurde, nur wegen dolus des Bestellers, falls aber die dos ihm zuvor versprochen war, wegen Nichterfüllung dieses Versprechens im Falle der Eviction des hingegebenen Gegenstandes überhaupt gegen den Besteller auf Ersatzleistung klagen; und im Falle der *dos venditionis causa aestimata* hat er einen Anspruch auf Eviction nach den Regeln des Kaufes[32]). Wenn eine ohne vorheriges Versprechen an den Mann geleistete *dos necessaria* evincirt wird, so kann desshalb die Frau selbst, der Mann nur im Namen der Frau, auf bessere Erfüllung der Verbindlichkeit klagen[33]).

X. Während der Ehe ist der Mann wirklicher Eigenthümer der Dotalsachen, und die Früchte derselben während der Ehe lucrirt er unwiderruflich; aber soluto matrimonio soll er die dos sammt ihren Accessionen restituiren[34]). Der Mann haftet desshalb

25) S. u. §. 227. — 26) L. 9. 10. Cod. h. t. V. 14; Nov. 97. c. 1. — 27) S. o. §. 198. S. 485. — 28) S. u. nr. XI. — 29) Ulp. VI. 8. — 30) L. 31. §. 2. Cod. de iure dotium V. 12; l. un. §. 7. Cod. de R. U. A. V. 13. — 31) S. o. §. 130. S. 274 f. — 32) S. o. §. 203. nr. X. S. 494. — 33) L. 1. Cod. de iure dot. V. 12; cf. l. 34.; l. 16; l. 69. §. 7. Dig. eod. XXIII. 3.

34) Dies ist der Sinn des Satzes: „quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est.“ L. 75. Dig. de iure dot. XXIII. 3. Vgl. o. §. 144. Note 14.

für diligentia quam in suis rebus. In Betreff der dem Manne hingegebenen *res fungibiles* und bei der *dos venditionis causa aestimata* haftet er aber für omnis culpa und casus, weil hier die Dotalsachen sofort in sein unbeschränktes Eigenthum übergehen. Wenn Obligationen den Gegenstand der dos bilden, haftet der Ehemann ebenfalls für blosse culpa in exigendo; jedoch durchaus für omnis culpa und casus, wenn er die auf *Fungibilien* gehende Forderung eingetrieben hat.

XI. Die *lex Iulia de adulteriis* vom Jahr 736 d. St. (die betreffende Bestimmung heisst für sich *lex Iulia de fundo dotali*) verbot, dass der fundus dotalis verpfändet werde, selbst wenn die Frau einwillige, und erlaubte eine sonstige Veräusserung des fundus dotalis nur unter Einwilligung der Frau[35]). Theophilus[36]) führt als den sehr richtigen Grund dieser Bestimmung an, dass die Frauen sich leichter zur Verpfändung als zur unmittelbaren Veräusserung bestimmen liessen, und erstere, wenn der Mann nicht zahle, doch zur Veräusserung führe. Justinian erklärte jedwede Veräusserung des fundus dotalis, die des fundus Italicus, wie die des praedium provinciale, dessen Veräusserung manche Juristen nicht unter die lex Iulia hatten fallen lassen wollen, und auch die unter Einwilligung der Frau geschehene Veräusserung für ungültig. Sogar der Mann selbst kann daher den veräusserten fundus vindiciren, nur steht ihm selbst bis zur Rückzahlung des Kaufpreises (der auch mit einer condictio sine causa zurückgefordert werden kann) eine exceptio doli entgegen[37]). Jedoch kann die Veräusserung des fundus gültig geschehen, wenn der fundus dotalis venditionis causa aestimatus ist, oder wenn das Grundstück durch gültige permutatio dotis aufgehört hat, Gegenstand der dos zu sein, oder wenn nicht die Frau oder deren Erbe die Anwartschaft auf den Rückfall der dos hat, wie bei der dos recepticia, oder wenn die Veräusserung nicht durch den Willen des Mannes oder seines Universalsuccessors geschieht (z. B. wenn ein Miteigenthümer die actio communi dividundo anstellt, oder der Nachbar eine immissio ex secundo decreto damni infecti nomine erlangt), oder nach canon. Rechte auch wenn die Frau ihre Einwilligung zur Veräusserung eidlich bekräftigt[38]). Auch convalescirt die anfänglich ungültige Veräusserung des fundus dotalis hinterher, wenn die Frau oder ihre Erben nach Auflösung der Ehe die Veräusserung genehmigen,

35) Gai. II. 62 sq.; Paul. S. R. II. 21. B. §. 2.; Dig. XXIII. 5.; Cod. V. 23. de fundo dotali. Vgl. o. §. 182. XI. S. 437. — 36) Ad pr. Inst. quib. alien. licet II. 8. — 37) Pr. Inst. quib. alien. lic. II. 8.; l. un. §. 15. Cod. de rei ux. act. V. 13. — 38) C. 28. x. de iureiur. II. 24.

oder aus einem anderen Grunde für sie das Recht, die Veräusserung anzufechten, wegfällt, z. B. die Frau den Mann beerbt, oder der Mann der Frau ein Legat zum Ersatz hinterlässt und dieselbe dieses annimmt.

XII. Die Frau selbst hat während der Ehe an den Dotalgegenständen kein unmittelbares Recht. Jedoch bestimmte die lex Iulia et Pap. Popp., dass der Mann, wenn er einen zur dos gehörigen Sclaven freigelassen habe, alle pecuniären Vortheile aus dem dadurch erlangten Patronatrechte, z. B. die aus den operae liberti hervorgehenden Vortheile, an die Frau restituiren müsse[39]. Auch gilt es als ein Vortheil der Frau, dass die dos dereinst an sie oder ihre Erben zurückfallen kann, und desshalb ist sie von Realcautionen frei[40], wie wenn sie schon jetzt Besitzerin der Dotalgrundstücke wäre[41]. Die Hälfte des in dem fundus dotalis gefundenen Schatzes muss ihr mit dem fundus bei Beendigung der Ehe restituirt werden[42]. Es kann aber die Frau sogleich einen Evictionsanspruch erheben, wenn Sachen aus der ihr bestellten dos während der Ehe von einem Dritten evincirt werden[43]. Auch kann die Frau verlangen, dass der Zweck der dos zur Mittragung der Lasten der Ehe zu dienen, erfüllt werde, und wenn daher der Mann einer geisteskranken Frau die dos vergeudet, so kann die dos sequestrirt werden[44]. Und wenn der Mann in Concurs geräth oder sein Vermögen confiscirt wird, kann die Frau schon während der Ehe die Herausgabe der dos verlangen. Man gründete dieses Rückforderungsrecht ursprünglich auf die Fiction einer mit der venditio bonorum eintretenden Ehescheidung, so dass nun alle Dotalobjecte für die Zukunft freies Eigenthum der Frau wurden. Justinian hob aber diese fictio divortii auf und bestimmte, die Frau könne zwar noch immer bei drohendem Concurs des Mannes die dos reklamiren, aber die dos bleibe dos und bleibe daher auch in den Händen der Frau ad matrimonii onera ferenda bestimmt[45]. Sonst kann der Mann die dos, ohne Gefahr sie nach Auflösung der Ehe noch einmal ersetzen zu müssen, nur dann schon während der Ehe restituiren, wenn dieses zum wirklichen Vortheile der Frau, z. B. zur Bezahlung vor der Ehe contrahirter Schulden derselben (ut aes alienum solvat) oder zum Ankauf eines einträglichen Grundstückes ut fundum idoneum emat) oder zu einem Zwecke geschieht, der

39) L. 61. 64. soluto matr. XXIV. 4. — 40) S. o. §. 102. S. 201. — 41) L. 15. §. 3. qui. satisd. cog. II. 8. — 42) L. 7. §. 12. sol. matr. XXIV. 3. — 43) L. 22. §. 1.; l. 23. de evict. XXI. 2.; l. 75. de iure dot. XXIII. 3. — 44) L. 22. §. 8. sol. matr. XXIV. 3. — 45) L. 29. Cod. de iure dot.; Nov. 97. c. 6.

die Anfechtung der vorzeitigen Rückgabe der dos als unsittlich erscheinen lassen würde, wie z. B. zur Alimentation der Frau und der Ihrigen oder nahen Angehörigen, oder zur Loskaufung derselben aus der Gefangenschaft (ut liberis ex alio viro egentibus aut fratribus aut parentibus consuleret, vel ut eos ex hostibus redimeret; ut sese suosque alat, ut in exilium aut in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut ut egentem virum, fratrem sororemve sustineat[46]).

XIII. Mit der Ehe hört das Dotalverhältniss auf. Bei der manus musste der Mann, wenn dieselbe durch Scheidung wieder aufgehoben wurde[47]), der Frau das von ihr zugebrachte Vermögen wieder herausgeben[48]); wurde die Manus-Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöst, so hatte die Frau ein Erbrecht wie eine filia familias ihres Mannes, und starb die Frau in manu vor dem Manne, so hatte sie keine Erben. Die klassischen Rechtsquellen[49]) behandeln aber die Vermögensverhältnisse bei Aufhebung der Ehe nur mit Rücksicht auf die Ehe ohne manus. Wir unterscheiden dabei noch[50]) die ältere Zeit, deren Bestimmungen wahrscheinlich durch eine *lex Maenia*, (ein im Jahr 568 d. St. von dem Prätor T. Maenius anlässlich der Entdeckung der Bacchanalien rogirtes Plebiscit) geändert wurden, sodann das in den klassischen Rechtsquellen geschilderte, wohl auf dieser lex Maenia beruhende Dotalrecht nebst den durch das spätere und das justinianische Recht daran gemachten Aenderungen.

A. Nach dem älteren Rechte verblieb die dos auch nach Auflösung der Ehe bei dem Ehemanne oder dessen Gewalthaber, weil auch die onera matrimonii, die Kinder, dort verblieben. Nur dann konnte bei der Scheidung die Frau oder ihr Gewalthaber mit einer actio rei uxoriae die Restitution der dos verlangen, wenn der Mann an der von der Frau oder ihrem pater familias vorgenommenen Scheidung durch sein Verhalten die Schuld trug, oder wenn der Mann resp. sein pater familias die Scheidung ausgesprochen hatte, ohne dass die Frau dieselbe verschuldet hatte oder ohne dass in dem iudicium domesticum ein verurtheilender Richterspruch über die Frau ergangen war. Ein iudicium domesticum übte nämlich der pater familias oder wenn das Weib sui iuris war, der tutor legitimus, jedesmal aber unter Zuziehung des Familienraths, d. i.

46) Cf. l. 73. §. 1. de iure dot. XXIII. 3.; l. 85. eod.; l. 20. soluto matr. XXIV. 3.; Nov. 22. c. 39; Hasse in der Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissenschaft. V. (1825) S. 318 ff. — 47) S. o. §. 223. — 48) Plutarch in Rom. c. 22 cf. Cic. Top. IV. 23. — 49) Dig. XXIV. 3. soluto matrimonio dos quemadmodum petatur. cf. Cod. V. 13. 18—20. 22. — 50) Mit Voigt a. a. O.

der propinqui und amici. In dem iudicium domesticum konnte zur Strafe die gänzliche oder theilweise Einziehung der dos wegen Criminalverbrechens, Privatdelicts oder Sittenwidrigkeiten über die schuldige Ehefrau verhängt werden.

B. Die lex Maenia setzte an die Stelle des iudicium domesticum über die Frau in Bezug auf die Ehescheidung ein iudicium de moribus mulieris, und gewährte dem Manne bei Verschuldung der Frau oder ihres Gewalthabers nur noch gewisse *retentiones propter liberos* und *propter mores*, von denen weiter unten[51]) näher die Rede ist. Im Einzelnen musste man jetzt unterscheiden a) ob die Ehe durch den Tod der Frau oder b) durch Tod des Mannes oder durch Scheidung aufgelöst wird.

a) Wenn die Frau in der Ehe stirbt, so konnte (nach der lex Maenia)

1. der Besteller der *dos profecticia* diese zurückfordern; jedoch durfte der Mann für jedes Kind aus der Ehe $^1/_5$ von der dos profecticia abziehen, und es konnten auch durch Dotalvertrag zu Gunsten des einen oder anderen Theiles besondere Bestimmungen getroffen sein[52]). War der Besteller der *dos profecticia* gestorben, so konnten dessen Erben dieselbe nicht zurückfordern, sondern sie verblieb dem Manne[53]).

Nach *Justinianischem Rechte* fällt die dos profecticia beim Tode der Frau, ohne dass der Mann jenes Abzugsrecht hat, an den Besteller derselben oder sonst wenn dieser auch schon gestorben war, an die Erben der Frau zurück[54]).

Nach dem Pandektenrecht hatte aber der Besteller der dos profecticia auch dann das Rückforderungsrecht, wenn er die Tochter oder Enkelin zur Zeit der Bestellung der dos bereits emancipirt hatte[55]).

Justinian bestimmte jedoch[56]), dass in diesem Falle nicht mehr der väterliche Ascendent, sondern nur die Erben der emancipirten Tochter das Rückforderungsrecht haben sollten. Befand sich aber die Tochter oder Enkelin zur Zeit der Bestellung der dos profecticia noch in der väterlichen Gewalt des Bestellers, so wird dessen gesetzliches Rückforderungsrecht der dos durch eine nachher geschehene Emancipation nicht aufgehoben[57]). Dass das Rückforderungsrecht des Vaters auch durch das Vorhandensein von Kindern aus der Ehe der verstorbenen Tochter nicht ausgeschlossen werde,

51) S. nr. XVI. — 52) S. o. nr. VII. S. 578 f. — 53) Ulp. VI. 4. — 54) L. un. §§. 7. 5. Cod. de R. U. A. V. 13. — 55) L. 71. de evict. XXI. 2.; l. 10. pr. sol. matr.; l. 59. eod.; l. 5. de divort. XXIV. 2. — 56) L. un. §. 13. Cod. de rei ux. act. — 57) Vgl. Vangerow I. §. 220. Anm. 1.

hatte schon der Glossator Bulgarus gegenüber der entgegengesetzten Ansicht des Martinus vertheidigt und beim Tode seiner Frau zu seinem eigenen Nachtheile durch die That bekräftigen wollen[58]).

2. Die *dos adventicia* verblieb dagegen, wenn nicht ihre Rückgabe an Jemanden ausbedungen war, beim Tode der Frau dem Manne[59]); nach *Justinian's* Bestimmung können sie aber die Erben der Frau zurückfordern[60]).

b) Wird die Ehe durch den Tod des Mannes oder durch Scheidung aufgelöst, so fällt die dos (*profecticia* wie *adventicia*, mit Ausnahme der *recepticia*, die ihrer besonderen Bestimmung folgt) an die Frau zurück. Und zwar

1. fordert die Frau, wenn sie *sui iuris* ist, einerlei ob sie es durch Emancipation oder durch den Tod ihres pater familias geworden ist, stets allein die dos zurück. Starb sie aber vor der Rückforderung, so hatten nach altem Rechte die Erben nur dann ein Rückforderungsrecht, wenn der Mann oder dessen Erben sich schon in mora restituendi befand[61]). *Justinian* gewährte aber den Erben ohne Rücksicht auf mora dasselbe Rückforderungsrecht wie der Frau[62]).

2. Steht die Frau noch in der potestas, so fällt (schon nach der lex Maenia) die Rückforderung an sie und den Gewalthaber in der Art gemeinsam, dass weder sie allein, noch der Vater allein klagen, sondern nur der Vater mit Einwilligung der Tochter (*adiuncta s. adiecta filiae persona*) dieses kann[63]) und so, dass falls die Tochter vor durchgeführter Klage sui iuris wird, von selbst ihr allein die Rückforderung zukommt[64]). Uebrigens kann die Tochter ihre Einwilligung zur Rückforderungsklage des Vaters nicht ohne gerechten Grund versagen[65]), und ihre Einwilligung wird nach einem Rescript von Caracalla stets schon als gegeben angenommen, wenn sie keinen Widerspruch erhebt[66]). Wenn die Tochter wahnsinnig ist, steht daher dem Vater die Rückforderung ohne Weiteres zu[67]). Ist die Tochter dagegen bloss abwesend, so stellt zwar der Vater allein die Klage an, aber er muss Caution dafür leisten,

58) Vgl. Savigny, Gesch. des röm. Rechts im M. A. IV. S. 83 ff. — 59) Ulp. VI. 5. — 60) Cit. l. un. Cod. §§. 4. 6. 13. — 61) Ulp. VI. 6. 7. Vat. fr. 95. 112. — 62) L. un. §. 4. Cod. de R. U. A. — 63) L. 2. §. 1; l. 34. h. t. XIV. 3; l. un. §. 14. Cod. de R. U. A.; l. 2. 7. Cod. sol. matr. V. 18. — 64) L. 2. §§. 1. 2. l. 31. § 2. l. 42. pr. l. 44. l. 49. §. 1. l. 66. §. 2. sol. matr.; l. 7. Cod. eod.; l. un. §. 14. cit. — 65) L. 22. §. 6. solut. matr. — 66) L. 2. §. 1. 2. l. 3. l. 22. §. 1 sqq. l. 31. §. 2. l. 34. pr. l. 42. pr. l. 44. pr. l. 59. sol. matr.; l. 73. de evictionib. — 67) L. 2. §. 2. l. 22. §. 9. sol. matr.

dass die Tochter seine Handlungen genehmigen werde [68]. Ist der Vater wahnsinnig, so tritt sein Curator an seine Stelle [69]. Und wenn der Vater abwesend ist, so klagt zwar die Tochter, aber es muss von ihr die cautio de rato geleistet werden [70]. Endlich wenn zu befürchten ist, dass der Vater die dos verschleudern werde, so muss der Richter dafür sorgen, quatenus et filiae et patri competenter consulatur [71]. Jedoch haben darum nicht Vater und Tochter ein gleiches Recht an der dos, sondern diese steht, wenn sie eine *adventicia* ist, bloss in dem gewöhnlichen usufructus paternus; dagegen in dem vollen Eigenthume des Vaters, wenn sie eine *profecticia* ist [72]. Aber bei der Wiederheirath soll, wie *Justinian* [73] vorschrieb, diese patris et filiae communis dos der Tochter wieder mitgegeben werden, und bei dem Tode des Vaters soll dieselbe der Tochter unter Umständen, aber keineswegs immer, als ein praecipuum zufallen [74]. Dieser ganze zweite Fall ist übrigens heutzutage bei uns unpraktisch, weil nach deutschem Rechte die Tochter durch ihre Heirath aus der väterlichen Gewalt heraustritt.

3. Wenn die Frau an der Ehescheidung Schuld war, so verlor sie nach ältestem wie nach neuestem Rechte (nach der lex Maenia und dem klassischen Rechte waren nur theilweise retentiones propter mores zulässig) [75] das Recht, die dos zurückzuverlangen [76]. Wenn die Scheidung von der Frau sui iuris in fraudem des Vaters erklärt wird, um dem Manne die dos profecticia zuzuwenden, oder wenn die Scheidung von dem Manne in fraudem des Schwiegervaters geschieht, um den Erben der Frau die dos profecticia zuzuwenden, so behält der Vater sein Rückforderungsrecht, gerade so, wie wenn die Frau in der Ehe gestorben wäre [77]. Ebenso behielt der Mann gegenüber dem Fiscus seine Klagen auf die dos, die er beim Tode der Frau in der Ehe erhalten haben würde, wenn die Frau poenae serva wurde, oder wenn sie eine Capitalstrafe ohne publicatio dotis erlitt [78]. Wenn die Frau deportirt wurde, sollte, wenn sie eine filia familias war, der Vater die dos zurückfordern können; wenn sie sui iuris war, der Mann einstweilen die dos behalten, die Frau jedoch dieselbe beim Tode des Mannes zurückverlangen können [79]. Wenn der Mann die Frau umbringt, so fällt

68) L. 2. §. 1. i. f. sol. matr. — 69) L. 22. §. 10. sol. matr.; l. 65. de solut. — 70) L. 22. §. 4. sol. matr. — 71) L. 22. §. 6. eod. — 72) L. 2. Cod. de bonis quae liber. VI. 61. — 73) Nov. 95. c. 5. — 74) L. 12. Cod. comm. utr. iud. III. 38. — 75) S. u. nr. XIV. 2. — 76) Theod. et Valent. l. 8. §§. 4. 5. Justinian l. 11. Cod. de repud. V. 17; Nov. 22. c. 15. cf. Nov. 98. — 77) L. 5. de divort.; l. 59. sol. matr.; l. 3. Cod. de repud. — 78) L. 3—5. pr. de bon. damn. XLVIII. 20. — 79) L. 5. §. 1. eod.; l. 56. sol. matr.; l. 1. Cod. de repud. V. 17.

die dos, insofern sie sonst beim Tode der Frau ihm zufiele, nun an die Erben der Frau[80]).

XIV. Die Restitution der dos musste nach klassischem Rechte (wahrscheinlich nach der lex Maenia) wie die Einzahlung derselben, falls nicht kürzere Fristen ausbedungen waren, soweit sie in Fungibilien bestand, annua, bima, trima die, und die der res nec fungibiles sogleich geschehen[81]). Justinian bestimmte aber, dass Grundstücke, wie bisher, sogleich, Mobilien dagegen binnen Jahresfrist zurückgegeben werden, und sonst mit den Früchten von den Immobilien und mit 4 Procent Zinsen von Kapitalien oder des Werthes derselben geleistet werden[82]) sollten.

XV. Zu restituiren sind ausser der dos selbst nebst den während der Ehe hinzugekommenen Vergrösserungen derselben, auch die vor der Ehe und die nach der Ehe gezogenen Früchte, Zinsen und Accessionen; aber von den nach Auflösung der Ehe percipirten Früchten fällt dem Manne der Bruchtheil zu, welcher der Dauer der Ehe während der letzten Fruchtperiode entspricht[83]).

XVI. Die Klage zur Rückforderung der dos recepticia war im Falle dass die Rückgabe der dos *stipulirt* war, eine *vererbliche stricti iuris actio ex stipulatu*[84]), und im Falle eines darauf gerichteten bei der Hingabe beigefügten *pactum* die vererbliche *bonae fidei actio praescriptis verbis* auf die bedungene Rückgewährung[85]). In allen übrigen Fällen war die Kläge auf Restitution der dos die *unvererbliche,* nur der Frau oder ihrem Vater zustehende, incerti und *bonae fidei* (also auch auf Verzugszinsen gehende) *actio rei uxoriae*[86]). Nur bei dieser actio rei uxoriae gelten durchaus die *Rückzahlungsfristen* von Rechtswegen[87]) und die Beschränkung des Vaters durch den Willen der filia familias uxor[88]), und das dem Manne erst durch Justinian auch gegenüber der Stipulationsklage, jetzt also in allen Fällen gewährte † *beneficium competentiae*[89]), und das bei der dos recepticia nicht bestehende *privilegium exigendi* im Falle des

80) L. 10. §. 1. sol. matr. — 81) Ulp. VI. 8.; cf. l. 24. §§. 2. 3. l. 60. l. 66. §. 5. sol. matr.; l. 43. §. 1. de iure dot. Vgl. jedoch u. nr. XVI. — 82) L. un. §. 7. Cod. de R. U. A.

83) L. 5—7. 31. §. 4. solut. matr. XXIV. 3.; l. 4. 7. 10. 42. 47. 69. §. 9. de iure dot. XXIII. 3; l. 20. Cod. eod. V. 12.; l. un. §. 9. Cod. de R. U. A. V. 13. Vgl. Vangerow I. §. 220. Anm. 2.

84) L. 29. §. 1. de pact. dot.; l. 45. 46. 48. sol. matr. — 85) L. 1. Cod. de pact. conv. [= l. 10. Cod. de pact.]; l. 6. 24. Cod. de iure dot.; l. un. §. 13. Cod. de R. U. A.; cf. l. 22. pr. l. 29. §. 1. sol. matr. — 86) Cic. Top. 17. de offic. III. 15.; Ulp. VI. 6.; Coll. leg. Rom. et Mosaic. X. 2. 2.; l. 8. de cap. min.; l. 66. §. 7. solut. matr. — 87) S. o. nr. XIV. — 88) S. o. nr. XII. B. 2. — 89) L. un. §. 7. C. h. t. V. 13.

Concurses des Mannes[90]). Justinian gab aber für die Rückforderung der dos überhaupt der Frau und deren Kindern als ihren Erben sogar ein *privilegirtes Pfandrecht* am ganzen Vermögen des Mannes[91]). Vor Justinian galt auch, aber nur bei der actio rei uxoriae, das *edictum de alterutro*, wornach der Frau von ihrer Dotalforderung so viel abgezogen wurde, als sie aus dem Testamente des Mannes erhielt. Justinian hob dieses auf und bestimmte, die Frau solle beides, das ihr im Testamente Zugewandte und die dos fordern können[92]). Endlich galten auch nach klassischem Rechte gegenüber der actio rei uxoriae überhaupt gewisse Abzugsrechte, retentiones[93]), welche gegenüber der actio ex stipulatu nur dann als exceptiones vorgeschützt werden konnten, wenn die Frau oder ihr Vater die actio ex stipulatu anstellte, nicht aber auch in den Fällen, wo die Rückforderung der dos durch Stipulation oder sonstigen Vertrag an eine andere Person gekommen war[94]). Diese von Justinian aufgehobenen retentiones waren:

1. *propter liberos* konnte der Mann $^1/_6$ für jedes Kind, keinenfalls jedoch mehr als $^3/_6$ der dos abziehen (nicht aber wenn er die dos einmal zurückgegeben hatte, mit einer Klage zurückfordern), falls die Ehe durch Verschuldung der Frau oder deren Vaters getrennt wurde[95]).

2. Wenn die Frau durch schweres Vergehen die Scheidung verschuldet hatte, so konnte sie nach altem Rechte an der dos bis auf das Ganze bestraft werden[96]). Nach klassischem Rechte wurde ihr *propter mores graviores* (worunter man nur noch adulterium verstand) $^1/_6$, *propter mores leviores* (d. h. wegen eines geringeren Vergehens als Ehebruch, aber doch eines solchen, das die Scheidung herbeigeführt hatte) $^1/_8$ abgezogen. Die retentio propter mores und propter liberos konnten nach der lex Maenia cumulativ Statt finden. Nach der lex Iulia et Papia Poppaea, welche erst die retentiones propter mores auf $^1/_6$ propter mores graviores und $^1/_8$ propter mores leviores feststellte, war die retentio propter mores mulieris nicht mehr cumulativ neben der retentio propter liberos, sondern nur noch subsidiär statt jener zulässig. Wegen mores wurde aber seit der lex Iulia et Papia Poppaea auch der Mann in ganz gleichem Maasse gestraft, indem er die in Fungibilien bestehende dos wegen *mores graviores* sofort, wegen *mores leviores*

90) S. o. §. 186. S. 449. — 91) S. o. §. 170. nr. II. 6. §. 174. III. — 92) L. un. §. 3. Cod. de R. U. A. V. 13. — 93) Ulp. VI. 9.—VII. 3.; cf. l. 5. de pact. dotal. XXIII. 4.; Vat. fr. 105—107. 120. — 94) L. 156. §. 1. de R. I. — 95) Ulp. VI. 11. — 96) Val. Max. VIII. 2, 3; Plutarch in Mario 38; Gell. X. 23.; Plin. H. N. XIV. 13. 14.

schon nach 6 Monaten zurückleisten musste, und in Betreff der nicht fungibilen dos, die er ohnehin hätte sogleich restituiren müssen, wegen mores *graviores* den zweijährigen, wegen mores *leviores* den $1\frac{1}{2}$jährigen Ertrag an Früchten hinzufügen musste[97]).

Legt man das fenus unciarium der XII Tafeln ($= \frac{1}{12}$ des Kapitals oder $8\frac{1}{3}$ Prozent jährlichen Zins) zu Grunde, so büsste der Mann, wenn er die Scheidung verschuldete, gerade so viel von der dos ein, wie die Frau, wenn sie die Schuld trug; nämlich wegen *mores graviores* verlor der Mann einen einjährigen Zins für das erste Jahr, für das zweite Jahr die Zinsen von $\frac{2}{3}$, für das dritte Jahr die Zinsen von $\frac{1}{3}$ per Fungibilien, die er zur dos erhalten hatte, also zusammen zwei volle Jahreszinsen $= \frac{1}{6}$ des Kapitals, und wegen *mores leviores* büsste der Mann für das erste Jahr die Hälfte der Jahreszinsen des ganzen Kapitals, für das zweite Jahr die Zinsen von $\frac{2}{3}$, für das dritte Jahr die Zinsen von $\frac{1}{3}$, also im Ganzen $1\frac{1}{2}$jährige Zinsen, also $\frac{1}{12} + \frac{1}{24} = \frac{1}{8}$ des Kapitals ein. Und insofern die dos nicht in fungibilen, sondern in fruchttragenden Sachen bestand, musste der Mann in ganz äquivalenter Weise wie er bei den ersteren an Zinsen verlor, bei den letzteren an Früchten bei der sofortigen Herausgabe hinzufügen[98]).

In obigen Fällen der Unsitte war gegenüber der actio ex stipulatu als Widerklage (seit der lex Maenia) ein besonderes *iudicium de moribus* gestattet[99]), welches Justinian[100]) als ohnehin unpraktisch geworden, auch ausdrücklich aufhob.

3. *Ob impensas* auf die res dotales stand dem Manne ein Abzug, resp. ius tollendi zu, nach Maassgabe des gewöhnlichen Unterschiedes[101]). Die impensae necessariae vermindern sogar ipso iure den Gesammtbetrag der dos, konnten daher auch noch nach der Restitution der dos von dem Manne mit der condictio indebiti zurückgefordert werden[102]), aber auch die utiles konnten, wenn sie mit Zustimmung der Frau gemacht waren, ebensowohl nach den Umständen mit einer actio mand. oder negot. gest. contraria eingeklagt, als abgezogen werden[103]), ebenso die voluptuariae, jedoch nur soweit das ius tollendi nicht respectirt wurde, dann aber auch ohne Rücksicht auf die Zustimmung der Frau[104]). *Justinian* liess nur die retentio propter impensas necessarias bestehen[105]), so dass dem Manne wegen impensae utiles nur die Klage auf Ersatz, wegen impensae voluptuariae nur das ius tollendi blieb.

97) Ulp. VI. 13. Beiderseitige Unsitte hob sich auf l. 39. 47. sol. matr. — 98) Vgl. Niebuhr, Röm. Gesch. Bd. III. S. 69. — 99) Gai. IV. 102. — 100) L. 11. §. 2. C. de repudiis et iudicio de moribus sublato, im Jahr 528. — 101) S. o. §. 74. nr. II. S. 151 f.; Dig. *de impensis in res dotales factis* XXV. 1. — 102) L. 61. de R. N.; l. 1. §. 4. de dote prael.; l. 56. §. 3. de iure dot.; l. 5. h. t. XXV. 1. — 103) L. 7. §. 16. solut. matr.; l. 7. §. 1. l. 8. h. t. XXV. 1.; cf. l. un. §. 5. Cod. de R. U. A. — 104) L. 9—11. pr. h. t. XXV. 1.; cf. l. 66. §. 1, sol. matr. — 105) L. un. §. 13. Cod. de R. U. A. V. 13.

4. *Ob res donatas* hatte der Mann eine retentio an der dos für alle seine ungültigen Schenkungen, die er während der Ehe an die Frau machte, wenn er dieselben nicht mit einer Klage zurückfordern wollte.

5. *Ob res amotas* konnte man statt die actio rerum amotarum anzustellen[106]) von der dos entsprechende Abzüge machen.

Die actio ex stipulatu auf Rückgabe der dos recepticia liess Justinian, abgesehen von dem bereits Bemerkten, unverändert, dagegen bestimmte er, falls nicht ausdrücklich die Rückgabe der dos ausbedungen sei, solle eine stillschweigende Stipulation der Rückgabe an die Frau angenommen werden[107]), und solle desshalb die *actio rei uxoriae quasi ex stipulatu tacito* von den Erben der Frau angestellt werden können, wenn bei der dos adventicia non recepticia die Frau, oder bei der dos profecticia der Vater der Frau früher gestorben ist, so dass dann in diesen Fällen nicht mehr der Ehemann die dos lucrirt. Die actio ex stipulatu tacito sollte aber nach Justinian's Bestimmung bonae fidei sein, wie die seitherige actio rei uxoriae, d. h. also, man muss sich bei der stipulatio tacita eine *clausula doli*[108]) hinzugefügt denken.

XVII. Schon früher (im Jahr 529) hatte Justinian verordnet, dass die körperlichen Dotalsachen, welche zur Verfallzeit der dos sich noch in dem Vermögen des Mannes befänden, *ipso iure* dinglich an die Frau zurückfallen sollten[109]). Die Frau kann daher die noch vorhandenen Dotalsachen, einerlei ob sie mit oder ohne Schätzung zur dos gegeben waren, sogleich bei Auflösung der Ehe und im Falle der Verarmung der Mannes schon während der Ehe als ihr gehörig mit der Eigenthumsklage von jedem Dritten in Anspruch nehmen. Und da Justinian der Frau auch zur Sicherheit der Dotalforderung ein stark privilegirtes Pfandrecht an dem Vermögen des Mannes gab[110]), so kann sie sich auch mit der Pfandklage gegen diejenigen schützen, die von dem Manne ein Pfandrecht daran eingeräumt erhielten[111]).

§. 227. Die römische propter nuptias donatio und die Versorgung der Wittwe nach deutschem Rechte[1]).

I. P. n. don. ist das Vermögen von Seiten des Mannes, welches, wie die dos, zur Mittragung der ehelichen Lasten dienen soll. Die

106) S. o. §. 225. S. 571. — 107) L. un. C. *de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita* V. 13. vom Jahr 530; §. 29. Inst. de act. — 108) S. o. §. 80. III. S. 166. — 109) L. 30. C. de iure dotium V. 12. — 110) Vgl. o. §§. 170. 174. nr. III. — 111) Vgl. auch o. §. 146. nr. II.

§. 227. 1) Cod. V. 3. de donationibus ante nuptias vel propter nuptias;

klassischen Juristen kannten dieses Institut noch nicht. In der späteren Kaiserzeit, besonders seit Constantin, wurde es Sitte, dass der Bräutigam, oder statt seiner ein Anderer, der Braut eine arra oder Geschenke vor der Ehe gab, welche, wenn die Ehe abgeschlossen war, mit der dos zum Unterhalt der Familie dienen und nach dem Tode des Mannes der Frau und den Kindern ein sorgenfreies Auskommen sichern sollten. Diese *ante* nuptias donatio verlangte überhaupt die Form der Schenkung, namentlich sofortige Tradition und auch gerichtliche Insinuation[2]). Theodos[3]) erliess die Tradition, und soweit die ante nuptias donatio nicht über 200 solidi betrüge, auch die Insinuation. Justinian erliess sodann die Insinuation wie bei allen Schenkungen bis zum Belaufe von 500 solidi, und bei der ante nuptias donatio sollte sogar, wenn sie über 500 solidi betrug, die Unterlassung der Insinuation für die Frau keinen Nachtheil, sondern nur für den Mann Verlust des Anspruchs aus dem pactum de lucranda dote nach sich ziehen[4]). Justinus gestattete bereits für den Fall, dass die dos während bestehender Ehe ein augmentum erhalte, auch jene donatio während der Ehe zu vergrössern, und Justinian bestimmte, dass wenn die dos erst während der Ehe bestellt werde, auch für die Frau die Gegendos (ἀντίφερνα) noch während der Ehe begründet werden könne, und desshalb solle diese letztere nun nicht mehr *ante*, sondern *propter nuptias donatio* heissen, und ein völliges Gegenstück der dos sein; wenn daher die Frau eine dos einbringe, solle nun auch der Mann eine propter nuptias donatio von gleicher Grösse bestellen und umgekehrt[5]).

Die propter nuptias donatio wurde gewiss meistens nicht durch datio, sondern nur durch Begründung einer Forderung bestellt. Sie stand während der Ehe im Eigenthum und unter Verwaltung des Mannes, aber veräussern durfte er daraus nichts, auch nicht mit Einwilligung der Frau, und beim Concurs forderte die Frau die propter nuptias donatio aus der Concursmasse heraus. Dieselbe war auch wie die dos seit Justinian der Frau durch eine gesetzliche Hypothek am ganzen Vermögen des Mannes gesichert. Starb der Mann oder verschuldete er die Scheidung, so fiel die propter nuptias donatio an die Frau, wenn diese Kinder hatte; sie konnte jedoch auch der Wittwe für den Fall verschrieben sein, dass sie keine

§. 3. Inst. de donat. II. 7., vgl. o. §. 222. S. 562; Cf. Caesar de B. G. V. 19. — Schott, Die donatio propter nuptias. Inaug. Abhdl. Mannheim 1867; Crusemann, De donatione propter nuptias. Berol. 1869.

2) S. o. §. 93. — 3) C. 8. Cod. Th. de sponsal. III. 8. — 4) Nov. 119. c. 1.; Nov. 127. c. 2. — 5) C. 19. 20. Cod. h. t. V. 3.

Kinder hatte; und die freiwillig bestellte konnte auch, wie die dos, zu einer recepticia gemacht sein. Starb die Frau oder verschuldete sie die Scheidung, so fiel die donatio an den Mann. Der überlebende oder an der Scheidung unschuldige Gatte erwarb übrigens, wenn Kinder da waren, nur das Eigenthum an einem Kindestheile, an dem Uebrigen nur einen Niessbrauch, indem die donatio für die Kinder aufbewahrt werden sollte.

In Deutschland ist das ganze Institut der römischen propter nuptias donatio niemals recipirt worden.

II. Besondere vermögensrechtliche Institute, welche nach deutschem Rechte kraft Particular-Gesetzes oder Vertrags zu Gunsten der Ehefrau vorkommen, sind:

1. Die Morgengabe[6]) († donum matutinum), ein Ehrengeschenk, welches der Mann am Morgen nach der Heirath der Frau als Anerkennung ihrer Jungfräulichkeit übergibt oder als nach Auflösung der Ehe ihr als Wittwe oder auch bei ihrem Tode als ihren Erben oder denjenigen, denen sie das Betreffende zuwenden würde, Auszuzahlendes zusichert. Auch wenn der Frau die Morgengabe schon während der Ehe übergeben ist, hat sie nur dann die freie Verfügung darüber, wenn in dem betreffenden Lande das römische Dotalsystem (d. h. das der Gütertrennung) besteht oder die Morgengabe zum vorbehaltenen Gute[7]) gemacht ist; gilt aber in dem Lande das System des ehemännlichen mundium, so verwaltet und benutzt der Mann dieselbe. Eine Form der Morgengabe ist es, wie erwähnt, dass sie der Frau nur für ihre Wittwenzeit zugesichert ist; sonst verliert sie dieselbe als remuneratorische Schenkung durch Wiederheirath nicht, wohl aber stets wenn sie an der Scheidung die Schuld trägt.

2. Das Leibgeding, *dotalicium*[8]), eine Leibrente von 10 Procent der dos, welche die Frau, die eine dos eingebracht hatte, anstatt die dos selbst zurückzuerhalten (oder von 20 Procent, wenn ihr auch eine Leibzucht, d. h. der Genuss gewisser Güter des Mannes für die Wittwenzeit bestellt war[9]) und sie auch auf dieses Witthum mitverzichtet hatte,) nach dem Tode des Mannes lebenslänglich von dessen Erben fordern kann. Soweit das Leibgeding eigentliches dotalicium, d. h. Ersatz der dos ist, hat es die privilegia dotis und geht es nicht durch Wiederheirath verloren.

3. Das Witthum, *vidualitium*[10]), eine nach Ehevertrag oder Particularrecht der Frau zustehende Versorgung aus dem Vermögen des Mannes für die Zeit, wo sie Wittwe ist. Es kann in dem Genuss von Liegenschaften (Niessbrauch, Wohnungsrecht u. s. w.) oder auch in einer Geldrente bestehen. Dieses Witthum setzt nicht voraus, dass die Frau eine dos eingebracht hat, hat nicht die privilegia dotis und hört mit der Wiederheirath stets auf.

6) Vgl. Walter, Deutsches Privatr. §. 202—204; Gerber, Deutsches Privatr. §. 238. — 7) S. folg. §. — 8) Vgl. Walter §. 197. 199 ff.; Gerber §. 239. — 9) S. folg. nr. 3.

10) Walter und Gerber a. a. O. Die romanisirenden Juristen der früheren Jahrhunderte nannten das Witthum, überhaupt Alles, was die Frau nach Auflösung der Ehe vom Manne erhielt, donatio propter nuptias. Vgl. Schott a. a. O. S. 75.

§. 228. Die bona recepticia sive parapherna[1]).

Wenn die Frau im älteren Rechte in die manus des Ehemannes eintrat, wurde sie quasi filia familias desselben. Sie konnte also höchstens ein peculium[2]) für sich behalten. Bei der Ehe ohne manus dagegen behielt die Frau, abgesehen von dem in dotem Gegebenen, ihre bisherigen Vermögensrechte (vorbehaltenes Gut, *bona recepticia*, *quae Graeci παράφερνα appellant*). Auf diese nicht in dotem gegebenen Güter der Frau, zu denen im Zweifel auch die *Aussteuer* (instructus sive apparatus muliebris) gehört, hat die Ehe an sich keinen Einfluss, und der Ehemann erlangt daran nur die Verwaltungs- u. dgl. Rechte, die ihm durch ausdrücklichen Vertrag oder stillschweigend eingeräumt werden. Nur für den Fall, dass die Frau dem Manne verzinsliche Paraphernalforderungen übergab, und dieses in dem Dotalinstrumente bemerkt war, soll er diese, wie Justinian[3]) bestimmte, einklagen und die Zinsen für sich und die Frau verwenden dürfen, und in diesem Falle soll dann die Frau auch wegen dieser Paraphernalforderung (nach der Praxis aber wegen aller bona parapherna) eine gesetzliche Generalhypothek am Vermögen des Mannes von der Zeit an haben, wo dieser die Forderungen eintrieb. Der Mann haftet aber auch bei der Verwaltung der Paraphernalien nur für diligentia quam in suis rebus.

§. 229. Die Auflösung der Ehe[1]).

I. *Ipso iure* endete bei den Römern die Ehe durch den Tod oder Verlust des connubium eines der Ehegatten. Absoluter Verlust des connubium erfolgte durch Eintritt einer capitis diminutio maxima oder media[2]). Durch Eintritt eines Gatten in Kriegsgefangeschaft erlosch die Ehe im alten Rechte, jedoch konnte sie bei der Rückkehr des gefangen Gewesenen durch beiderseitigen Consens sofort erneuert werden, und desshalb verbot anfangs die Sitte, später auch das Gesetz dem

§. 228. 1) Ulp. l. 9. §. 3. de iure dot.; Cod. V. 14. de pactis conventis tam de dote etc. et paraphernis. — 2) S. u. §. 234. — 3) L. 11. Cod. h. t. V. 14.

§. 229. 1) De divortiis et repudiis. Dig. XXIV. 2. Cod. Th. III. 16. Cod. Iust. V. 17.; Nov. 22. c. 4. sqq.; Nov. 117. c. 8. sqq.; Nov. 123. c. 40.; Nov. 127. c. 4.; Nov. 134. c. 10. sqq.; Nov. 140.; Danz, Lehrbuch der Geschichte des röm. R. Bd. 1. §. 96. S. 157 ff. der 2. Aufl.; Wächter, Ueber die Ehescheidungen bei den Römern. Stuttgart 1822; Berner, De divortiis apud Romanos. Diss. inaugur. Berolini 1842; Schlesinger, Form der Ehescheidung bei den Römern seit der lex Iulia de adulteriis. Ztschr. f. Rg. V. 193 ff.

2) S. o. §. 42. S. 92.

in der Civität bleibenden Theile die Wiederheirath. Nach der *lex Iulia et Papia Poppaea* sollte die Wiederheirath des anderen Theiles als Scheidung gelten, aber man gestattete auch die Wiederheirath erst nach 5, seit Constantin nach 4, seit Justinian nach 5 und später nach 10 Jahren der Gefangenschaft und nach der letzten Bestimmung Justinian's gar nicht mehr wegen der Gefangenschaft, sondern erst nach dem erbrachten Beweise, dass der andere Theil in der Gefangenschaft gestorben sei[3]). Im Falle einer capitis diminutio media konnte die Ehe bei Fortdauer des Consenses als matrimonium iuris gentium fortgesetzt werden[4]). Ein relativer Verlust des connubium unter den Ehegatten hob die Ehe auf, wenn eine als Ehehinderniss unter ihnen wirkende Verwandtschaft (z. B. als Geschwister) durch Adoption unter ihnen entstand[5]), oder nach der *lex Iulia et Papia Poppaea* eine Standesungleichheit hinterher eintrat, wenn der Gatte einer Freigelassenen zum Senator erhoben wurde, welches letztere Ehehinderniss aber Justinian aufhob[6]). Eine minima capitis diminutio war an sich ohne Einfluss auf die Ehe, wenn auch die manus dadurch aufgehoben werden konnte[7]).

II. Eine Ehe konnte ferner aufgelöst werden durch Scheidung, d. h. *divortium*, wenn sie unter beiderseitiger Uebereinkunft, *repudium*, wenn sie durch einseitigen Willen des Mannes oder der Frau erfolgte. Von der Auflösung der Ehe muss man aber wohl unterscheiden die Trennung der *manus*[8]).

Die Scheidung der Ehe (sowohl das divortium, wie das repudium) war ursprünglich bei den Römern ganz willkürlich[9]).

Rechtlich hing jede Ehe in ihrer Eingehung, wie in ihrem Fortbestande, von dem freien Willen beider Ehegatten ab, und sogar ein pactum ne liceret divertere war wirkunglos. Hauskinder bedurften aber bis zur lex Maenia auch zur Scheidung der Einwilligung des Gewalthabers; anfangs konnte sogar für den in potestate stehenden Gatten der Vater dem anderen ein repudium mittere, jedoch nach einer Constitution von Marcus Antoninus nur noch mit Einwilligung des Kindes, selbst wenn dieses eine filia familias war[10]). Die liberta sollte sich auch nach der *lex Julia et Papia*

3) Iul. l. 6. h. t. XXIV. 2.; Tryphon. l. 12. §§. 1. 4. de captivis XLIX. 15.; Constantin. l. 7. Cod. h. t. V. 17.; Nov. 22. c. 7.; Nov. 117. c. 11.— 4) Alex. l. 1. Cod. h. t. V. 17.; cf. l. 56. sol. matr. XXIV. 3.; Nov. 22. c. 13. — 5) Tryph. l. 67. §. 3. de R. N. XXIII. 2. — 6) Justin. l. 28. Cod. de nupt. V. 4.; cf. Ulp. l. 21. 31. de R. N. XXIII. 2. — 7) Gai. I. 137. — 8) S. o. §. 224. S. 568. — 9) L. 2. Cod. de inut. stip. VIII. 39.; l. 11. Dig. de divortiis. XXIV. 2. — 10) L. 5. Cod. de repud. V. 17.

Poppaea von ihrem Patron, den sie geheirathet hatte, nicht ohne dessen Einwilligung scheiden können[11]).

Erst gegen Ende der Republik wurden aber in Rom die Scheidungen häufiger[12]). Der Censor verhängte wegen leichtfertiger Scheidung eine *nota censoria*. Die lex Iulia *de adulteriis* schrieb eine bestimmte Form für das repudium vor, die Erklärung: *tuas res tibi habeto* oder *agito*, durch einen libertus unter Zuziehung von sieben mündigen röm. Bürgern, und Diocletian forderte statt der mündlichen Erklärung die Ueberreichung eines libellus repudii, der die Gründe der Scheidung enthielt. Wenn diese Formen nämlich nicht beobachtet waren, blieb die Frau der *adulterii accusatio* ausgesetzt, und galt ihre Ehe in Betreff der Güterrechte als fortdauernd[13]). Den an der Scheidung schuldigen Theil konnte freilich das alte iudicium domesticum oder seit der lex Maenia das iudicium de moribus[14]) mit Vermögensnachtheilen belegen, und die *lex Iulia et Papia Poppaea* hatte überhaupt für die Unverehelichten, also auch für die Geschiedenen vermögensrechtliche Nachtheile festgesetzt. Aber erst Constantin[15]), Honorius und Constans[16]) traten der Ehescheidung durch Feststellung besonderer Scheidungsgründe eigentlich entgegen. Theodos II. und Valentinian III.[17]) belegten den schuldigen oder grundlos sich scheidenden Theil mit weiteren Vermögensnachtheilen, und die schuldige Frau sollte 5 Jahre lang nicht wieder heirathen. Justinian[18]) verbot unter Strafe beider Theile auch die Scheidung mit gegenseitiger Einwilligung *(divortium bona gratia)*: es sollen beide Theile in ein Kloster gesperrt werden und ihr Vermögen verlieren; nämlich wenn Kinder da seien, sollten diese $^2/_3$, das Kloster $^1/_3$ erhalten, und wenn keine Kinder da seien, sollten die Eltern $^1/_3$, das Kloster $^2/_3$, oder sonst das Kloster Alles erhalten[19]). Justinian gestattete die Scheidung bona gratia nur noch, wenn ein Theil in ein Kloster gehen wollte, oder die Frau 2, der Mann 3 Jahre nach Abschluss der Ehe impotent geblieben

11) L. 10 sqq. Dig. h. t. XXIV. 2.

12) Im Jahre 523 d. St. hatte die Scheidung, die *Sp. Carvilius Ruga* angeblich ob sterilitatem mulieris, in Wirklichkeit aber wohl um die reiche dos zu lucriren, vornahm, sehr grosses Aufsehen und Aergerniss erregt, so dass sie Gellius IV. 3. für die erste in Rom vorgekommene, d. h. die erste willkürliche Scheidung erklärt. Vgl. Savigny, Verm. Schr. I. S. 81 ff.; Niebuhr, Röm. Gesch. III. S. 414; Berner l. c. pag. 38. 46; Dirksen, Ueber einige von Plutarch und Suidas berichtete Rechtsfälle. Berlin 1853. (Acad. d. Wissensch.) S. 2—8; Unger, a. a. O. S. 76 ff.

13) Ulp. l. un. §. 1. unde vir XXXVIII. 11. — 14) S. o. §. 226. S. 588. — 15) L. 1. Cod. Th. de repud. — 16) L. eod. — 17) Nov. Th. 17; l. 8. Cod. Iust. de repud. — 18) Nov. 22. c. IV. 15. — 19) Nov. 134. c. 11.

war, und bis zu Nov. 117. c. 11. auch wegen (4-, 5-, 10jähriger) Gefangenschaft des andern Gatten beim Feinde. Ausserdem sollte zu einer einseitigen Scheidung wegen Vergehen eines Gatten der andere Gatte noch in gewissen gesetzlich bestimmten Fällen berechtigt sein[20]). Es setzte Justinian sehr speciell die Strafen, namentlich die Vermögensnachtheile für den an der einseitigen Ehescheidung schuldigen Theil fest.

Ehescheidungsprozesse gab es nach röm. Rechte nicht; man handelte auch hier ohne gerichtliche Mitwirkung. Dagegen ist eine eigenmächtige Scheidung nach canonischem und heutigem Recht überhaupt stets ungültig. Das canon. Recht gestattet nur wegen Ehebruch eine durch das (kirchliche) Gericht auszusprechende Scheidung von Tisch und Bett, und das evang. Kirchenrecht und viele bürgerlichen Gesetze für diesen Fall eine wirkliche Ehescheidung, die aber auch stets erst durch das Gericht ausgesprochen werden muss.

Nach dem deutschen Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und der Eheschliessung vom 6. Febr. 1875. §. 76. sind in [bürgerlichen] streitigen Ehe- und Verlöbnisssachen die bürgerlichen Gerichte ausschliesslich zuständig. Eine geistliche oder eine durch die Zugehörigkeit zu einem Glaubensbekenntniss bedingte Gerichtsbarkeit [mit bürgerlicher Wirksamkeit] findet nicht Statt; und §. 77. desselben Gesetzes bestimmt: „Wenn nach dem bisherigen Rechte auf beständige Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett zu erkennen sein würde, ist fortan die [bürgerliche] Auflösung des Bandes der Ehe auszusprechen."

Bei der Ehescheidung resp. Trennung von Tisch und Bett treten noch heute folgende Strafen ein, welche nach justin. Rechte den an der einseitigen Scheidung schuldigen Theil treffen[21]):

1. Der schuldige Mann verliert die dos und propter nuptias donatio an die Frau oder in Ermangelung der donatio $^1/_4$ seines Vermögens, und hat er eine Beischläferin am gemeinsamen Wohnorte gehalten, oder die Frau fälschlich des Ehebruchs angeschuldigt, so muss er noch $^1/_3$ mehr herausgeben, aber nicht über 100 Pf. Goldes (= 7200 Goldsolidi, der solidus zur Zeit Constantin's = 4 Thlr. $6^1/_2$ Sgr. oder $7^2/_5$ Fl. rh., zu Justinian's Zeit etwas geringer).

2. Die schuldige Frau verliert die dos oder $^1/_4$ ihres Vermögens und im Falle des Ehebruchs $^1/_3$ mehr, aber nie über 100 Pfund Goldes.

Sind aber Kinder aus der geschiedenen Ehe vorhanden, so fällt an diese das Eigenthum der dos oder donatio propter nupt. und der unschuldige Gatte erhält nur den Niessbrauch daran.

20) Nov. 117. c. 8. 9. 15. cf. Th. Cod. III. 16; l. 8. 10. 11. Cod. h. t. V. 17. — 21) Nov. 117. c. VIII. 9; cf. l. 11. §. 1. Cod. h. t. V. 17.; arg. c. 4. X. de donat. i. v. et ux. IV. 20.

3. Der schuldige Theil verliert die Zuwendungen des anderen, welche er erhalten oder behalten hätte, falls die Ehe durch den Tod des Gatten aufgelöst worden wäre.

§. 230. Vom Verhältniss der Ehegatten in Betreff der Kinder bei der Auflösung der Ehe.[1])

I. Nach einam *S. C. Plancianum* unter Hadrian soll die bei der Scheidung sich schwanger fühlende Frau dem Manne oder dessen pater familias die Schwangerschaft binnen 30 Tagen anzeigen, damit dieser sich durch Sendung von custodes partus gegen Unterschiebung eines Kindes sichern oder gegen die Vaterschaft protestiren könne. Andernfalls verliert die Frau die *actio de partu agnoscendo*[2]). Der Mann muss, wenn die Frau die Anzeige gemacht hat, oder gegen die Unterlassung derselben propter errorem in integrum restituirt ist, sofort Alimente für das Kind prästiren, kann aber noch immer den Gegenbeweis antreten, dass er nicht der Vater sei. Nach einem Rescript Hadrian's soll die *actio de partu agnoscendo* gegen den Mann auch bei Fortdauer der Ehe angestellt werden können[3]).

II. Der Mann kann nach Anordnung von Marc Aurel verlangen, dass die geschiedene Frau sich im Hause einer ehrbaren Matrone von drei geprüften Hebammen untersuchen lasse: erklären zwei von diesen die Frau für schwanger, so darf er custodes partus senden, damit die Frau ihm das Kind nicht unterschlage[4]).

III. Die beim Tode des Mannes sich schwanger fühlende Frau soll nach Vorschrift des Prätors binnen 30 Tagen den Erben des Mannes Anzeige machen, damit diese geeignete Leute senden können, qui ventrem inspiciant, d. h. sich von der Schwangerschaft überzeugen, und später, quibus praesentibus pariat — und endlich soll das Kind noch in der ersten Zeit in gewissen Zwischenräumen vorgezeigt werden, damit nicht ein anderes Kind untergeschoben werde[5]). Werden diese Vorschriften beobachtet, so soll die Frau sofort eine *bonorum possessio ventris nomine*, und das Kind, ohne dass es einer causae cognitio bedarf, sogleich die *bonorum possessio ex Carboniano edicto* erhalten[6]).

§. 231. Die Strafen des verletzten Trauerjahres.

Die Ascendenten und Descendenten und auch die Frau hatten nach altem Rechte die Pflicht, während eines 10monatlichen Jahres

§. 230. 1) Dig. XXV. 3. de agnoscendis et alendis liberis [vel parentibus vel patronis vel liberis]; XXV. 4. de inspiciendo ventre custodiendoque partu. Cf. l. l. 1. 2. 10. Cod. IX. 22. l. 19. §. 1. l. 30. Dig. XLVIII. 10. l. 9. Cod. VIII. 47. — 2) L. 1. §. 1. Dig. h. t. XXV. 3. — 3) L. 3. §. 1. eod. — 4) L. 1. pr. Dig. eod. XXV. 4. — 5) L. 1. §. 10. de inspiciendo ventre. — 6) S. u. §. 269. nr. 3.

um ihren verstorbenen Verwandten oder Gatten zu trauern, und die Unterlassung machte infam [1]). Diese Trauerpflicht blieb später als Rechtspflicht nur für die Frau bestehen [2]), Dieselbe war dadurch auch an der Wiederheirath gehindert, ja wegen dieser traf nicht bloss sie, sondern auch ihren Vater und den neuen Gatten, wenn er um die Verletzung des Trauerjahres wusste, Infamie. Wenn der verstorbene Mann ein solcher war, *quem more maiorum lugeri non oportet*, wie *perduellionis damnati*, *qui mala conscientia manus sibi intulerunt* [3]), so hatte die Frau das Trauerjahr doch insoweit einzuhalten, als sonst eine turbatio sanguinis zu befürchten wäre; kam sie innerhalb desselben nieder, so stand ihrer Wiederheirath kein Hinderniss mehr entgegen [4]). Die *lex Iulia* gab zur Vermeidung der Nachtheile des Caelibates der Wittwe 1 Jahr, der Geschiedenen $^1/_2$ Jahr, die *lex Papia* der Wittwe 2, der Geschiedenen $1^1/_2$ Jahre Frist zum Wiederheirathen [5]).

Gordian hob die blosse eigentliche Trauerverpflichtung der Frau auf [6]) und bestimmte, es solle nur mehr zur Verhinderung einer turbatio sanguinis die Frau noch 10 Monate nach dem Tode des Mannes oder nach der Scheidung unverheirathet bleiben. *Gratian*, *Valentinian* und *Theodos* [7]) erhöhten diese Zeit auf ein ganzes Jahr (von 12 Monaten) und bestimmten, dass die Frau, ausser der sie treffenden Infamie, sofort alles, was sie lucrativo titulo von ihrem ersten Manne erworben habe, an die decem personae des Edicts (d. h. Sohn und Tochter, Enkel und Enkelin, Vater und Mutter, Grossvater und Grossmutter, Bruder und Schwester) oder in deren Ermangelung an den Fiscus verlieren solle; ferner solle die Frau ihrem neuen Gatten nicht mehr als ein Drittel ihres Vermögens als dos bestellen oder sonst zuwenden können, und Geschenke von Fremden und Erbschaften sollten ihr gar nicht mehr zugewandt werden können, und ihre Verwandten solle sie nur ab intestato bis zum 3. Grade beerben können. Gebar die Frau aber innerhalb des Trauerjahres ein Kind, so fiel das Heirathsverbot mit der Befürchtung der *turbatio sanguinis* dadurch weg. Der Princeps sollte der Frau die Strafen des verletzten Trauerjahres nur dann erlassen, wenn sie sofort die Hälfte ihres Vermögens (ohne Zurückbehaltung eines Niessbrauchs daran) an die Kinder aus der früheren Ehe herausgab. Und wenn die Frau

§. 231. 1) Paul. S. R. I. 21. §. 14: Qui luget, abstinere debet a conviviis, ornamentis, purpura et alba veste.; Vatic. frag. 320. 321; l. 25. pr. de his qui not. inf. III. 2. — 2) L. 9. 11. pr. l. 23. D. III. 2. — 3) L. 11. cit. §. 1. 3. — 4) L. 11. cit. §. 2. — 5) Ulp. XIV. — 6) L. 15. Cod. ex quib. c. inf. irr. II. 11. — 7) L. 1. 2. Cod. de sec. nupt. V. 9.

dieses gethan habe und dann eines der Kinder ohne Testament sterbe, so sollte der diesem von der Mutter überlassene Theil stets an die lebenden Geschwister fallen, und erst wenn alle Kinder der früheren Ehe ohne Testament stürben, sollte die Mutter zum Troste die von ihr früher abgegebene Hälfte ihres Vermögens aus der Erbschaft des letztverstorbenen Kindes vorwegnehmen dürfen[8]). Justinian wiederholte die vorstehenden Verordnungen der drei Kaiser mit dem Zusatze, dass der Theil, welcher einem Kinde von der zu schenkenden Hälfte zukomme, im Falle des Todes desselben zunächst an die Kinder dieses Kindes und erst in Ermangelung solcher an die Geschwister fallen solle[9]). Justinian dehnte ferner[10]) die Strafen des verletzten Trauerjahres auf die Wittwe aus, welche während des Trauerjahres sich ausserehelich verging, sowie auch auf die Mutter und Grossmutter, welche zu einer zweiten Ehe schritt, bevor sie von der Vormundschaft über die Kinder oder Enkel erster Ehe Rechenschaft abgelegt hatte[11]).

Das canonische Recht hob die Infamie wegen Verletzung des Trauerjahres ausdrücklich auf und bestimmte, die Frau solle in Gottes Namen heirathen[12]), und die Praxis hat demgemäss auch die übrigen Nachtheile aufgehoben, und lässt nur noch Verlust der *lucra nuptialia* für die Wittwe eintreten, welche während ihres Trauerjahres sich ausserehelich verging.

§. 232. Die poenae secundarum nuptiarum[1]).

Die *lex Iulia et Papia Poppaea* legte insofern eine Pflicht zur Wiederheirath auf, als sonst wieder die Strafen des Caelibats eintreten sollten[2]). Seit Constantin zog umgekehrt die zweite Ehe vermögensrechtliche Nachtheile nach sich, besonders zu Gunsten der Kinder der vorigen Ehe. Constantin entzog dem *pater binubus* den ihm an den bona materna der Kinder zustehenden Niessbrauch[3]). Leo hob dieses wieder auf[4]). Im Einzelnen schwankte auch in der Folge die Gesetzgebung mehrmals, jedoch bestehen noch jetzt im Wesentlichen folgende grösstentheils von Justinian begründeten,

8) L. 4. Cod. ad S. C. Tertull. VI. 56. — 9) Nov. 22. c. 22. — 10) Nov. 39. c. 2. — 11) Nov. 22. c. 40; Nov. 94. c. 2. — 12) C. 4. x. de sec. nupt. IV. 21: „*nubat in Domino,* sicut Apostolus dicit."

§. 232. 1) Cod. Th. III. 8. de sec. nupt.; III. 9. si secund. mulier nupts.; Nov. Theod. 5. und 7; Cod. Iust. V. 9. de secundis nuptiis V. 10. si secundo nupserit mulier, cui maritus usumfructum reliquit; Nov. 22. c. 22—48; Vangerow I. §. 227.

2) S. vorigen §. im Eingang. — 3) L. 1. Cod. de bon mat. VI. 60.; l. 3. Theod. Cod. eod. VIII. 18. — 4) L. 4. Cod. eod. VI. 60. a. 468.

theils sowohl den Mann wie die Frau im Falle der Wiederheirath, theils bloss die *mater binuba* treffenden Nachtheile:

1. Der *coniux binubus* muss das ihm sub condicione viduitatis Hinterlassene zurückgeben. Nach der *lex Papia Poppaea* sollte die Bedingung, nicht wieder zu heirathen, wenn sie einer letztwilligen Verfügung beigefügt war, für nicht geschrieben gelten. Davon machte die sog. *lex Iulia Miscella* die Ausnahme, dass wenn einer verwittweten Person von ihrem verstorbenen Gatten etwas unter der Bedingung, nicht wieder zu heirathen, hinterlassen sei, diese Bedingung nur dann für nicht zugefügt gelten solle, wenn der Ueberlebende binnen eines Jahres schwöre, dass er liberorum causa heirathe; andernfalls könne er nur nach Leistung der *cautio Muciana* [5]) das Hinterlassene erhalten [6]). Justinian erliess aber sowohl den Eid als die *cautio Muciana* und stellte das alte Recht der *lex Papia Poppaea* wieder her [7]). Später aber widerrief er auch diese Verordnung und stellte er es dem überlebenden Gatten frei, entweder nicht wieder zu heirathen und die *cautio Muciana* desshalb zu bestellen, oder das Vermächtniss schwinden zu lassen [8]).

2. Der *coniux binubus* verliert alle lucra nuptialia, d. h. Alles was er vom ersten Ehegatten erworben hat, dem Eigenthum nach an die Kinder der ersten Ehe und behält nur den ususfructus daran ohne Veräusserungsrecht [9]). Nach neuestem justinian. Rechte [10]) behält der nicht wiederheirathende Gatte einen Kindestheil der dos oder propter nuptias donatio zu Eigenthum.

3. Der *coniux binubus* kann seinem neuen Ehegatten weder inter vivos noch mortis causa mehr zuwenden, als dem Kinde erster Ehe, welches am wenigsten von ihm erhält [11]). Wird dagegen gefehlt, so wird das plus dem zweiten Ehegatten genommen und zu arithmetisch gleichen Theilen unter die Kinder der früheren Ehe vertheilt.

4. Der *coniux binubus* ist nicht mehr frei von der Leistung der cautio legatorum servandorum causa an die Kinder der früheren Ehe [12]).

5. Der *binubus vir* und der Mann, der eine Wittwe heirathete, ist unfähig zu den höheren Weihen [13]).

5) S. u. §. 267. nr. III. — 6) Nov. 22. c. 43. — 7) L. 2. 3. Cod. de indict. viduit. et lege Iul. Misc. toll. VI. 40. — 8) Nov. 22. c. 43. 44. — 9) Grat. Valent. et Theod. l. 3. Cod. de sec. nupt. V. 9. v. J. 382; Theod. et Val. l. 5. eod. a. 439; Iust. Nov. 2. c. 1. 2.; Nov. 22. c. 3. 21. 26. 46. 47. — 10) Nov. 127. c. 3. — 11) Leo et Anth. l. 6. Cod. h. t.; geändert von Justinian l. 9. Cod. eod., aber in Nov. 22. c. 27. 28. im Wesentlichen wieder hergestellt; cf. auch l. 1. 10. C. h. t. — 12) Leo et Anth. l. 6. C. h. t.; Nov. 22. c. 41. Vgl. u. §. 280. a. E. — 13) Nov. 6. c. 6; Nov. 12. c. 42; Nov. 137; c. 1. 2. x. I. 21. de bigamis non ordinandis.

6. Die *mater binuba* kann nach Bestimmung von Constantius[14]) Schenkungen an die Kinder der früheren Ehe wegen Injurien nicht revociren, und nach Justinian nur wegen schwerer Realinjurien oder Lebensnachstellung, oder wegen solcher Injurien, die auf den Verlust ihres ganzen Vermögens abzweckten[15]).

7. Die *mater binuba* erhält, wenn sie ein Kind der ersten Ehe zusammen mit den andern Kindern aus derselben ab intestato beerbt, soweit die ererbten Sachen von dem früheren Manne herrühren, nur den Niessbrauch an denselben. Das Eigenthum daran erhalten die anderen Kinder erster Ehe[16]).

8. Die *mater binuba* verliert die Vormundschaft über die Kinder oder Enkel ihrer früheren Ehe[17]) und kann nicht mehr verlangen, dass dieselben vorzugsweise bei ihr erzogen werden[18]), (nach heutigem Rechte erhält jedoch gewöhnlich der Stiefvater die Vormundschaft und Erziehung), und Justinian verordnete auch noch ausdrücklich, dass der wiederheirathenden Frau die Dignitäten und Privilegien aus der früheren Ehe nicht mehr zustehen sollen[19]).

14) L. 1. cf. l. 4. Th. Cod. de revocandis don. VIII. 13. — 15) S. o. §. 93. S. 187; l. 7. Cod. de rev. don. VIII. 56; Nov. 22. c. 21. 35. cf. Novell. Maioriani 8.

16) L. 5. Cod. ad S. C. Tert. VI. 56; Nov. 2. c. 3; Nov. 22. c. 46. Manche wollen diese singuläre Bestimmung auch auf den Vater ausdehnen, der zur Zeit des Erlasses der cit. Gesetze noch kein Intestaterbrecht neben den Geschwistern hatte. S. z. B. Puchta, Pand. §. 428. not. f.; Windscheid §. 511. Vgl. dagegen Marezoll in der Giess. Ztschr. V. (1832) S. 397 f.; Vangerow I. §. 227. Anm. 1. nr. 2. a.

17) Nov. 22. c. 40; Nov. 94. c. 2. — 18) L. 1. Cod. ubi pupill. educ. V. 49; Nov. 22. c. 38. — 19) Nov. 22. c. 36.

Kapitel II.

Die *patria potestas*[1]).

§. 233. Begriff und Wirkungen der patria potestas.

Patria potestas ist die privatrechtliche Gewalt über die Person und das Vermögen, welche Jemand nach Civilrecht über sich selbst und seine in rechter Ehe erzeugten Kinder hat, — oder um uns der römischen Terminologie[2]) zu bedienen, die Herrschaft über das connubium und commercium seiner selbst, verbunden mit der Fähigkeit, über das connubium und commercium anderer cives Romani die potestas zu haben[3]).

I. Im alten röm. Rechte zeigte sich die Herrschaft über das *connubium* darin: der pater familias konnte in einem iudicium domesticum ein ius vitae et necis über sein Hauskind ausüben, regelmässig jedoch nur unter Zuziehung der nächsten Verwandten, und zwar auch der Verwandten von Seiten der Frau (Cognaten), jedoch in dringenden Nothfällen auch allein[4]). Das neugeborene Kind durfte der pater familias aussetzen, ja bei missgestalteten Kindern machten die XII Tafeln dies dem Vater sogar zur Pflicht[5]). Der Inhaber der väterlichen Gewalt hatte ferner das Recht der noxae deditio[6]); er konnte das Kind verkaufen (d. h. durch mancipatio

1) I) Gai. I. 55—107. 127—136; Ulp. IV. V. VIII. X.; Paul. S. R. II. 24a. 25.; De patria potestate: Greg. Cod. XIII. 1. Inst. I. 11. Cod. IV. 43. VIII. 47—50. 52. (46—49. 51.) IX. 15. 17. Dig. I. 6. 7. Th. Cod. IV. 6. Cod. Iust. V. 27. II) Gai. II. 36—96. Ulp. XIX. 18—21. Inst. per quas personas nobis acquiritur II. 9. Cod. IV. 27. — Gai. III. 163—167. Inst. III. 28. per quas person. oblig. acquiritur. — Vgl. auch die oben zu §. 194. cit. Quellen; Danz, Lehrb. der Gesch. des röm. R. Bd. 1. §. 100. S. 168 f. §. 104. S. 175 ff. der 2. Aufl.; Bruns in Holtzendorff's Encycl. III. 1. §. 80—81. S. 419 ff.; Behrend daselbst III. 2. §. 61. S. 477 ff.; Ihering, Geist II. 1. 2. Aufl. S. 172 ff. 200 ff.; Stölzel, Das Recht der väterlichen Gewalt in Preussen. (Aus dem Justiz-Min. Bl.) Berlin 1874; Vangerow I. §. 229 ff.; Windscheid, II. §. 519 ff.

§. 233. 2) S. o. §. 42. S. 90. — 3) Vgl. Kant, Rechtslehre §. 28. 29. — 4) Val. Max. V. 8., 2. 3. V. 9. 1.; Sallust. Catil. 39. — 5) XII tabb. tab. IV; cf. Bruns, Fontes ed. II. pag. 16.; Liv. XXVII. 37; Macrob. Saturn. c. ult.; Seneca de ira I. 15. — 6) S. o. §. 49. nr. V. S. 117 f.; §. 114. nr. II. 4. S. 221.

in's mancipium des Käufers bringen[7]), oder auch im alten R. wegen Vergehen in auswärtige Sclaverei verkaufen), es willkürlich verheirathen und scheiden, in Adoption geben, emancipiren. Pius und Marcus verboten dem Vater ein matrimonium bene concordans seines Kindes aufzulösen. Ein Rescript von Alexander Sever hob das ius vitae et necis auf und gestattete dem Vater nur mehr ein blosses Züchtigungsrecht[8]), welches auch älteren Verwandten überhaupt zugestanden wurde[9]). Seit Constantin durfte nur ein eben geborenes Kind (*infans a matre sanguinolentus*) und sogar dieses nur im Falle der äussersten Noth verkauft werden, und jeder Dritte konnte durch Rückzahlung des Kaufpreises das Kind wieder frei machen. Constantin bestimmte auch, der Fiscus solle an arme Eltern, damit sie ihre Kinder nicht aussetzten, Alimente geben. Tödtung eines Kindes galt nun auch als parricidum[10]). Valens, Valentinian und Gratian verboten die Aussetzung der Kinder. Im Justin. Recht ist auch die noxae datio des Hauskindes verschwunden[11]). Der Vater kann nicht mehr willkürlich das Kind verheirathen oder seinen Consens zur Heirath verweigern. Zur Adoption oder Emancipation des Kindes gehört dessen Einwilligung.

Es bestehen also im Justinian. R. für den Vater nur noch die allgemein elterlichen Rechte, die eventuell auch der Mutter zukommen. Der Vater bestimmt das Domicil der Hauskinder, hat noch das Recht häuslicher Erziehung und Bestrafung, das Recht des Consenses zur Ehe des Kindes, und zwischen As- und Descendenten besteht ein gegenseitiges Ehehinderniss und Alimentationsrecht[12]). Die Kinder schulden den Eltern reverentia und obsequium[13]), haben gegen dieselben auch keine actio iniuriarum, sondern nur eine Beschwerde wegen Missbrauchs der Gewalt bei dem Magistrat, können keine actiones famosae, und keine accusationes, ausser wegen Hochverraths, gegen die Eltern anstellen, und bedürfen überhaupt zur Klageanstellung gegen ihre Eltern vorheriger obrigkeitlicher Erlaubniss. Auch haben die Eltern gegen die Kinder das † beneficium competentiae. Injurien gegen das Kind gelten als solche gegen den Gewalthaber selbst. Auf die öffentliche Stellung des Kindes hat die väterliche Gewalt niemals einen Einfluss gehabt.

Zur Geltendmachung der väterlichen Gewalt gegenüber dem Hauskinde selbst diente eine *cognitio extraordinaria*, die *actio † de*

7) S. o. §. 49. nr. V. S. 117 f. — 8) L. 3. Cod. h. t. VIII. 47. — 9) Val. et Valent. l. un. Cod. de emendatione propinquorum IX. 15. — 10) Constantin. l. un. Th. Cod. und. Cod. de his qui parentes vel liberos occiderunt. IX. 17. Th. Cod. IX. 13. — 11) S. §. 7. Inst. de nox. act. IV. 8. — 12) S. o. §. 216. nr. 3. S. 530. — 13) Dig. XXXVII. 15.

paternitate oder † *de patria potestate affirmativa* auf Anerkennung der väterlichen Gewalt, und die *actio* † *de paternitate negativa* dient dazu, um zu constatiren, dass der Beklagte nicht ein Kind des Klägers sei. Umgekehrt hat das Kind auf An- und Aberkennung der Kindeseigenschaft als cognitio extraordinaria eine *actio* † *de filiatione affirmativa* oder *negativa*. Dem Kinde, welches von der väterlichen Gewalt frei zu sein behauptet, liegt gegen die Regel der Beweis ob[14]).

Wenn das Kind dem paterfamilias gestohlen war, so hatte dieser eine *actio furti* auf das duplum des omne id quod interest; wegen sonstiger Vorenthaltung des Kindes und Nichtanerkennung der väterlichen Gewalt hat er gegen jeden Dritten eine *vindicatio filii* (wobei die intentio bei den Römern lautete: aio hunc iustum mihi filium esse ex iure Quiritium, nicht aber, wie wenn der Vater Eigenthümer des Kindes wäre, aio Titium meum esse ex i. Q.)[15]). Ferner hat der Vater (mit Ausnahme des turpis pater und des Schwiegervaters gegen den Schwiegersohn, und des Mannes gegen die Frau, welcher bei der Scheidung die Kinder zugesprochen wurden) das *interd. de liberis exhibendis* auf Vorweisung des Kindes und freie Communication mit demselben, und das *interd. de liberis ducendis* auf ungehinderte Hinwegführung des Kindes. Gegen den, welcher den Haussohn zu Delicten verführt, hat der Vater eine actio utilis *de servo corrupto* auf Ersatz.

H. Die Herrschaft des pater familias über das *commercium* des Hauskindes[16]) zeigt sich

1. darin, dass ursprünglich das Hauskind alles, was es erwarb, seinem pater familias erwarb, also kein eigenes Vermögen haben und desshalb auch gar nicht testiren konnte. Nach späterem Rechte, seit sich die verschiedenen Peculien entwickelt hatten[17]), erwerben die Hauskinder nur dann für den pater familias, wenn sie den Willen haben, für den Vater zu erwerben oder wenn der Erwerb des Hauskindes mit Rücksicht auf das peculium † profecticium gemacht wird. Wenn das Hauskind für den Vater erwirbt, so bedarf der Vater nicht einmal der Kenntniss von dem gemachten Erwerbe.

2. Auf Grund der patria potestas kann der pater familias im Testament für sein unmündiges Kind vollgültig einen tutor[18]) bestellen, und (wie man freilich erst später gestattete) einen Erben (Pupillar-Substituten) ernennen[19]).

14) L. 8. de probat. XXII. 3. — 15) Cf. l. 1. §. 1. 2. de R. V. adiung. l. 14. §. 16. de furtis XLVII. 2.; l. 14. §. 1. de servo corr. XI. 3; Gai. I. 134. — 16) Vgl. auch Mandry, Das gemeine Familiengüterrecht. Bd. 1. Tübingen 1871; Bruns a. a. O. §. 82. S. 421 ff. — 17) S. folg. §. — 18) S. u. §. 240. — 19) S. u. §. 260.

3. Eine Folge der vermögensrechtlichen Einheit zwischen Hausvater und Hauskind ist es auch, dass der Erwerb der väterlichen Erbschaft von Seiten der sui heredes, d. h. der beim Tode des Gewalthabers in dessen unmittelbarer potestas Stehenden ipso iure erfolgt[20]) und von derselben Grundlage aus entwickelte sich auch das älteste formelle Notherbenrecht der sui heredes[21]).

4. Auch beruhte ursprünglich das ganze Intestaterbrecht, und ein anderes gab es in der ältesten Zeit nicht[22]), auf dem civilrechtlichen Agnations-, d. h. jeweils bis zum Tode des gemeinsamen Gewalthabers fortbestandenen väterlichen Potestäts-Verbande.

5. Es sind ferner zwischen dem Vater und seinem Hauskind oder unter den durch das Band derselben potestas mit einander verbundenen Personen gar keine civiles obligationes und erst seit der späteren Zeit der Republik naturales obligationes möglich, indem man bei letzteren davon ausging, dass die patria potestas nicht auf dem ius gentium beruhe, sondern ein proprium ius civium Romanorum sei[23]). Dem Vater konnte sich nun Jemand auch für die naturalis obligatio des Hauskindes verbürgen, nicht aber auch dem Kinde gegenüber für die des Vaters, weil im letzteren Falle immer nur der Vater die actio erwerben würde[24]). Auch Schenkgeschäfte zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen waren civilrechtlich ungültig. Jedoch kann eine Schenkung des Hausvaters an das Hauskind dadurch convalesciren, dass sie bei der Emancipation des Kindes nicht eingezogen wird (was so überhaupt bei peculia † profectitia gilt) oder dass der Vater stirbt, ohne die Schenkung widerrufen zu haben (letzteres beruht auf singulärer gesetzlicher Bestimmung). Eine solche Convalescenz soll retrahirt werden auf den Augenblick der Begründung der Schenkung[25]).

6. Es bestand somit in den vermögensrechtlichen Beziehungen förmlich eine unitas personae zwischen Vater und Hauskind. Keine Ausnahme davon ist es, dass Hausvater und Hauskind nebeneinander bei demselben Geschäfte, z. B. Testamente, Solennitäts-Zeugen sein können, denn dieses, namentlich die ganze testamenti factio gehörte bei den Römern zum ius publicum.

7. Dritten gegenüber war das Hauskind von jeher fähig, Schulden zu haben und zu contrahiren, so dass diese schon während der

20) S. u. §§. 246. und 267. — 21) S. u. §. 261. — 22) S. u. §§. 246. und 251. — 23) L. 38. de condict. indeb. XII. 6. Diese lex *Frater a fratre* von Africanus gehört zu den sogen. † cruces ICtorum. Ueber ihre Interpretation vgl. Basilic. 24, 6. 38; Glück Bd. 13. S. 88 ff.; Savigny, System III. S. 339. 464. II. S. 54. not. h.; Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandektenrechte. Erlangen 1840. S. 172 ff.; Böcking, Pandektengrundriss Buch III. §. 33. Note 12 S. 256 f. der 5. Aufl. — 24) L. 56. §. 1; l. 71. pr. de fideiuss. XLVI, 1. — 25) L. 31. §. 2. de donat.; l. 25. Cod. donat. i. v. et ux.

väterlichen Gewalt civilrechtlich klagbar waren[26]) und sich das Hauskind auch für den Vater bei einem Dritten gültig verbürgen konnte[27]). Soweit das Hauskind aber kein eigenes Vermögen hat[28]), muss die Execution ausgesetzt werden, bis es von der väterlichen Gewalt befreit ist, und wenn ihm dann nicht etwas Bedeutendes aus der väterlichen Erbschaft zufällt, so hat es noch das † beneficium competentiae rücksichtlich der während der väterlichen Gewalt contrahirten Schulden[29]).

8. Von dem S. C. Macedonianum gegen Geld-Darlehensschulden[30]) war schon die Rede.

9. Durch ein votum wurde ein Hauskind wie ein impubes überhaupt nicht verpflichtet[31]).

10. Aus den Delicten des Hauskindes kann gegen das Hauskind und konnte, so lange die noxae datio bestand, auch gegen den Vater geklagt werden[32]).

11. Aus Geschäftsobligationen des Hauskindes kann gegen den Vater nur in den früher betrachteten Fällen der actiones † adiecticiae qualitatis: *de peculio*[33]), *quod iussu*, *de in rem verso*, *institoria*, *exercitoria* geklagt werden[34]). Wenn der Hausvater aus dem Rechtsgeschäfte des Sohnes als Kläger auftritt, so kann der Gläubiger die ganze Schuld des Hauskindes, auch über den Belauf des peculium hinaus als Einrede entgegenstellen, und wenn der Vater die ganze Schuld des Hauskindes bezahlt hat, kann er nicht das über den Belauf des peculium Gezahlte mit einer condictio indebiti zurückfordern, da eine natürliche Verbindlichkeit des Vaters angenommen wird[35]). Mit der actio quod iussu concurriren die übrigen adjecticischen Klagen alternativ. Praktisch ist die actio quod iussu (an deren Stelle aber h. z. T. unmittelbar aus dem Geschäft gegen den Auftraggeber geklagt werden kann)[36]) die beste, weil sie so weit auf Erfüllung geht, als der Auftrag des Vaters reicht. Die actio de in rem verso concurrirt cumulativ mit der actio de peculio, mit den übrigen Klagen steht sie in alternativer Concurrenz[37]). Auch kann wegen Delictes des Vaters, mittelbar aber wegen Handels-Schulden des Sohnes, gegen den Vater mit der *actio tributoria*, die nicht eine *actio* † *adiecticiae qualitatis* ist, geklagt werden, wenn der Sohn mit dem ihm vom Vater übergebenen peculium ein Handelsgeschäft betrieb und insolvent geworden ist, und der Vater die

26) L. 141. §. 2. de V. O. XLV. 1; l. 39. de O. et A. XLIV. 7.

27) L. 10. §. 2. de fidei. XLVI. 1. — 28) S. o. §. 234. nr. II. u. III. — 29) L. 2. pr., l. 4. §. 2., l. 5. quod cum eo. XIV. 5. — 30) Vgl. o. §. 197. S. 483. — 31) S. o. §. 217. nr. I. S. 530. — 32) S. jedoch folg. §. — 33) S. folg. §. nr. I. — 34) S. o. §. 114. nr. II. 23. S. 235., §. 194. S. 476. — 35) L. 9. pr. de comp. XVI. 2; l. 11. de condict. indeb. XII. 6. — 36) Vgl. o. §. 194. a. E. — 37) S. §. 4. 5. Inst. quod cum eo qui in alien. pot.

unter die Handels-Gläubiger (und zwar, soweit gewisse Gläubiger nicht etwa privilegirt sind, pro † rata) vorzunehmende Vertheilung der taberna verweigert oder unrichtig vorgenommen hat. Der Vater kann bei der Vertheilung der taberna seine naturalen Forderungen pro rata anrechnen, wenn diese auch keine Handelsschulden sind, darf aber nicht seine und seiner übrigen Hauskinder und seiner socii und Mandanten Forderungen vorweg von der Masse abziehen, wie er dieses, falls er sich nicht anderweitig befriedigen kann, darf, wenn er mit der actio de peculio belangt ist, bei welcher für die einzelnen Gläubiger, soweit sie nicht privilegirt sind, die Prävention eines siegreichen Urtheils entscheidet. Die actio de peculio verjährt während der väterlichen Gewalt nicht, nach Aufhebung derselben aber intra annum utilem, oder wenn die Klage erst nach Auflösung der väterlichen Gewalt nata wurde, von da an intra annum utilem, aber wenn die Klage aus dem Geschäfte schon an sich in kürzerer Frist verjährt, ist dieselbe auch als actio de peculio nur in dieser kürzeren Frist zulässig; die *actio tributoria* ist perpetua. Wo die actio tributoria begründet ist, ist auch immer eine actio de peculio begründet, nicht aber auch umgekehrt; hat man sich aber für die eine der beiden Klagen entschieden, so ist die andere damit ausgeschlossen [38]).

§. 234. Von den Peculien insbesondere.

I. *Peculium* schlechthin oder h. z. T. nach Analogie der dos profecticia *peculium* † *profecticium* genannt, ist der abgesonderte Theil des Vermögens eines pater familias, welchen derselbe seinem Hauskinde oder seinem Sclaven zur Verwaltung überlässt, wie dies schon nach altem R. vorkam [1]). Das Hauskind kann also Zahlungen daraus geben und dafür empfangen, aber zu Veräusserungen aus dem peculium bedarf es eines Specialmandats. Hat der Vater oder dominus im Allgemeinen eine libera facultas agendi gegeben, so bedarf der Sohn oder Sclave doch zu Verpfändungen und Schenkungen aus dem peculium noch einer besonderen Erlaubniss. Bis zum Belaufe des peculium zur Zeit der Condemnation haftet der Vater für alle Schulden des Hauskindes mit der actio de peculio, jedoch nicht für Schenkungen des Sohnes, nicht für Schulden, die mit Rücksicht auf das peculium castrense [2]) eingegangen wurden, und für Delictsschulden nur indirekt, indem man zunächst gegen das Hauskind ex delicto und dann nach siegreichem Urtheile mit der actio iudicati de peculio gegen den Vater klagt. Für Ver-

38) L. 9. §. 1. de tribut. act. XIV. 4.

§. 234. 1) Dig. XV. 1. de peculio; l. 4. pr. h. t.; Mandry, Ueber Begriff und Wesen des peculium. Tübingen 1869. — 2) S. nr. II.

bindlichkeiten des Sohnes aus einem öffentlichen Amte haftet der Vater, wenn er in die Uebernahme des Amtes eingewilligt hat, dem Staate und der Gemeinde gegenüber in solidum, Privaten gegenüber bis zum Belaufe des pec. prof.

Wenn das väterliche Vermögen vom Fiscus wegen Schulden in Beschlag genommen wird, so darf der Sohn ex constitutione Claudii das peculium als sein Eigenthum vindiciren. Schenkungen des Vaters, die in dem Peculium enthalten sind, werden beim Tode des Vaters vollwirksam, während sie vorher blosser Theil des peculium waren.

II. Seit Augustus entwickelte sich durch kaiserliche Constitutionen auch das *peculium castrense*[3]), d. h. es kam der Grundsatz auf, dass der Haussohn über alles mit Rücksicht auf den Kriegsdienst Erworbene inter vivos und mortis causa frei disponiren könne[4]). Seit Hadrian sollte der Haussohn auch den in castris erworbenen Sclaven so manumittiren können, dass der Freigelassene libertus des Haussohnes werde[5]). Hiernach stellten dann die röm. Juristen den Satz auf, dass das Hauskind in Bezug auf das peculium castrense wie ein pater familias anzusehen sei. Jedoch erst seit Justinian[6]) trat, wenn das Hauskind über sein peculium castrense nicht testirt hatte, Intestaterbfolge in dasselbe ein; vor Justinian fiel es in diesem Falle wie ein peculium profecticium an den Vater.

III. Wenn der Hausvater als *fiduciarius heres*[7]) die dem Hauskinde zu restituirende Erbschaft schlecht verwaltet, so soll er dieselbe nach einem Rescripte Hadrian's sogleich herausgeben, ita ne quid in ea pecunia iuris haberet[8]). Dies war dann also auch eine Art peculium castrense, *peculium quasi castrense*[9]). Ferner Constantin[10]) bestimmte, als er die Civil- und Militärämter schied[11]), dass die Hauskinder als Staats- und Hof-Beamten, und Honorius und Theodosius bestimmten, dass dieselben auch als Advocaten an dem aus ihrem Amte Erworbenen, Leo und Anthemius, dass die Geist-

3) De peculio castrensi. Dig. XLIX. 17. Cod. XII. 37.; Fitting, Das castrense peculium in seiner gesch. Entw. u. heut. gemeinrechtl. Geltung. Halle 1870. — 4) Ulp. XX. 10; pr. Inst. quib. non est perm. II. 12. — 5) L. 13. 19. §. 3. h. t. XLIX. 7. — 6) Tit. Inst. quib. non est perm. II. 12. — 7) S. u. §. 285. — 8) L. 50. Ad S. C. Trebell. XXXVI. 1.

9) Theod. Cod. VI. 35; Cod. Iust. XII. 29. 31. 37: l. 7. Cod. de adsessor. I. 51. l. 4. 8. 14. C. de adv. div. iud. II. 7.; l. 5. Cod. de silentiar. XII. 16; l. 34. 42. §. 1. l. 50. C. de episc. I. 3; Nov. 123. c. 19.; l. 7. C. de bonis quae l. VI. 61.

10) L. un. Cod. de castrensi omni palatinorum peculio XII. 31. — 11) S. o. §. 109. S. 213.

lichen an allem ihrem Erwerbe, und endlich Justinian auch, dass alle Hauskinder an dem vom Regenten oder von der Regentin zum Geschenk Erhaltenen dieselben Rechte, wie ein Soldat an seinem peculium castrense haben sollten.

Dieses *peculium quasi castrense* ist nur insofern von dem castrensischen verschieden, als das Hauskind nicht auch über jenes iure militari testiren kann[12]).

IV. Constantin legte auch den Grund zu dem jetzt sog. † *peculium adventicium*[13]) (nachgebildet dem Ausdrucke dos adventicia).

Constantin wies nämlich den Hauskindern die *bona materna*, d. h. das mütterliche Erbe als ihr eigenes Vermögen zu und liess dem Vater nur für die Dauer der potestas den *Niessbrauch und die Verwaltung daran, aber ohne Veräusserungsrecht.* Dieses dehnten spätere Kaiser, und zwar vollständig Arcadius und Honorius auf alle *bona materni generis*, d. h. auf allen von den mütterlichen Ascendenten herrührenden Erwerb aus; ferner Theodos II. und Valentinian III. auch auf die *lucra nuptialia*, d. h. den Erwerb, den das Hauskind von seinem verstorbenen Ehegatten gemacht hatte; Leo und Anthemius auch auf den von dem Bräutigam oder der Braut herrührenden Erwerb, und endlich Justinian auf Alles irgend wie sonst vom Hauskinde Erworbene, soweit es nicht ex re oder substantia patris herrühre und nicht zum peculium castrense oder quasi castrense gehöre. Der Vater braucht aber nicht, wie der Niessbraucher der eine Servitut des Niessbrauches hat, eine cautio usufructuaria zu stellen, und während seiner Verwaltung liegt ihm auch keine Rechenschaftspflicht ob. Jedoch soll er in Erbschaftsprozessen die Zustimmung des Hauskindes einholen, wenn dieses bereits mündig ist. Der Vater muss in Betreff der Verwaltung der Sachen, welche schon vor Justinian die Adventicien-Qualität hatten (nach der Meinung der Meisten aber in Bezug auf alle Adventicien) omnem diligentiam praestiren[14]), und kann desshalb er oder können seine Erben nach Beendigung der väterlichen Gewalt auch zur Rechenschaft gezogen werden, und haben desshalb auch die Hauskinder ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen des Vaters[15]), während dagegen in Betreff der Adventicien, welche erst durch Justinian diese Eigenschaft erlangten, bloss ein moralisches Verhältniss

12) Pr. Inst. de mil. test. II. 11; l. 37. pr. Cod. de inoff. test.

13) Theod. Cod. VIII. 18. 19; Nov. Theod. tit. 14. Nov. 20; Cod. VI. 60. de bonis maternis et materni generis; VI. 61. de bonis quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias acquiruntur et eorum administratione.

14) L. 1. Cod. de bon. matern. — 15) Vgl. o. §. 170. S. 396.

auf Treu und Glauben zwischen dem Hausvater und Hauskinde eintreten und der Vater nicht juristisch zur Haftung für diligentia verbunden und von aller und jeder Rechnungsablage frei sein soll[16]).

Wenn das Hauskind starb, behielt bis auf Theodos II. und Valentinian III. der Vater das † peculium adventicium als freies patrimonium. Seitdem sollten ab intestato — testiren kann ja das Hauskind nicht — zuerst die eigenen Kinder des Hauskindes, an zweiter Stelle die Mutter und die Geschwister desselben, und erst an dritter Stelle der Vater eintreten. Aber dieser behielt immer so lange er lebte den Niessbrauch, wie er ihn bei Lebzeiten des Hauskindes hatte[17]). Nach[18]) neuestem Justinian. R. tritt aber auch in das pecul. advent. die gewöhnliche Intestaterbfolge ein, und wenn Kinder da sind, behält der Vater den Niessbrauch; gelangt der Vater aber mit der Mutter und den Geschwistern des verstorbenen Hauskindes zu dessen Erbfolge, so soll der Vater nun, da er eine Quote der Erbschaft erhält, den Niessbrauch verlieren.

V. Justinian führte auch das sog. † *peculium adventicium irregulare* oder *extraordinarium* ein, woran das Hauskind selbst nicht bloss das Eigenthum, sondern auch die Verwaltung und die Fähigkeit darüber zu disponiren unter Lebenden, nicht aber auch von Todes wegen haben soll, und bei welchem auch kein Actions- und Obligationsverhältniss zwischen Hausvater und Hauskind möglich ist. Dieses liegt vor: 1. Wenn das Hauskind einen Erwerb macht gegen den Willen des Vaters[19]). 2. Wenn Jemand dem Kinde etwas unter der Bedingung gibt, dass der Vater nicht den Niessbrauch und die Verwaltung daran habe[20]). 3. Wenn der Vater zusammen mit seinen Kindern einem verstorbenen Kinde succedirt, rücksichtlich des Erbtheils, welchen seine Kinder von dem verstorbenen erben[21]). 4. Wenn das Kind aus dem Vermögen seiner Mutter etwas erwirbt, weil seine Eltern sich *bona gratia* geschieden hatten[22]).

§. 235. Die Entstehung der väterlichen Gewalt.

Die *patria potestas* entsteht:

I. durch Erzeugung in iustis nuptiis, wozu aber bei den Römern gehörte, dass Vater, Frau und Kind die Civität hatten. (Wenn ein Peregrine kraft besonderen Privilegs das ius connubii hatte,

16) L. 6. §. 2. l. 8. §. 4. Cod. de bon. quae lib.; Vangerow I. §. 236. — 17) L. 10. Cod. Th. de bon. matern.; Nov. Theodos. tit. XIV. de mat. bon. §. 8. ap. Haenel. p. 54; Leo. et Anthem. l. 4. Cod. de bon. mat. VI. 60.; Iustin. l. 11. Cod. de communia de success. VI. 59; l. 6. Cod. de bon. quae lib. — 18) Nov. 118. c. 2. — 19) L. 8. pr. §. 1. Cod. de bonis quae liber. VI. 61. — 20) Nov. 117. c. 1. — 21) Nov. 118. c. 2. — 22) Nov. 134. c. 11.; vgl. o. §. 228. S. 594.

konnte er in einer rechten Ehe leben, aber doch keine patria potestas haben)[1]. Steht der Vater selbst zur Zeit der Zeugung seines Kindes noch unter potestas, so fällt dieses, selbst wenn bei dessen Geburt sein Vater nicht mehr in potestate stand, zunächst noch in die potestas des Grossvaters[2]) und erst bei dessen Tode in die des Vaters, wenn nicht vorher schon das Kind oder dessen Vater durch Emancipation oder datio in adoptionem aus der potestas des Grossvaters ausgeschieden war[3]). Ueber die potestas über die von einem in mancipio Befindlichen gezeugten Kinder wurde schon früher gehandelt[4]), ebenso von dem Erwerbe der väterlichen Gewalt.

II. Durch *anniculi probatio ex lege Aelia Sentia*[5]). Auch wurde die väterliche Gewalt erworben durch *causae probatio ex senatus consulto* sive *erroris probatio*, d. h. wenn ein Römer aus Versehen eine Peregrine geheirathet hatte, die er für eine civis Romana gehalten hatte und vor dem Prätor nachher diesen Irrthum nachwies[6]). Von dem betreffenden S. C. wissen wir nur, dass es nach der lex Aelia Sentia (v. J. 756 d. St.) jedenfalls aber noch vor Ende desselben Jahrhunderts erlassen wurde[7]). Im neuesten römischen Rechte war dies verschwunden, indem jetzt alle freien Leute die Civität erlangt hatten.

III. Durch Ertheilung der civitas von Seite des Volkes, später des Kaisers erlangte der Peregrine auch die potestas über seine Kinder[8]). Von dem Erwerbe der väterlichen Gewalt durch *ius Latii maius* wurde schon früher gehandelt[9]).

IV. Auch durch Richterspruch, durch Wiederaufhebung der Emancipation wegen ingratitudo des Emancipirten kann die väterliche Gewalt begründet werden[10]).

V. Durch Adoption[11]).

VI. Durch Legitimation[12]).

§. 236. Von der Adoption insbesondere.

I. Die *adoptio*, Anwünschung, ist der juristische Act, durch welchen Jemand an Kindes- oder Enkelsstatt angenommen wird. Nach klassischem R. bestand sie immer in einer Aufnahme in die patria potestas des Adoptirenden[1]).

§. 235. 1) Gai. I. 56. 67. 87. 128. — 2) §. 9. Inst. quib. mod. ius. patr. pot. I. 12.; l. 1. §. 6. Unde cogn. XXXVIII. 8. — 3) Ulp. V. 1. 10; pr. Inst. de patr. potestat. I. 9. — 4) Vgl. o. §. 49. nr. V. S. 117. — 5) Vgl. o. §. 49. VII. S. 120. — 6) Bethmann-Hollweg, De causae probatione. Berol. 1820; Vangerow, Latini Iun. S. 163 ff.; Rein, Röm. Privatr. S. 593 ff. — 7) Gai. I. 67—77. 87. II. 142. Collat. XVI. 3. — 8) Gai. I. 93. sqq.; Ulp. l. 46. de adopt. I. 7. — 9) S. o. §. 49. VII. S. 119. — 10) L. 1. i. f. — l. 3. de agn. et al. lib. XXV. 3.; cf. l. 25. de stat. hom. I. 5. — 11) S. folg. §. — 12) S. §. 237.

§. 236. 1) Gai. I. 97—107. 134; Ulp. VIII.; Inst. I. 11.; Dig. I. 7.;

Im älteren Rechte gab es nur die *arrogatio*, d. h. die Adoption einer sui juris persona. Erst später entstand auch die *adoptio* im engeren Sinne, d. h. das Uebertragen eines Hauskindes aus der bisherigen potestas in die Gewalt eines Andern[2]). Denn in der Form der adoptio i. e. S. kam eine imaginaria servilis condicio bei dem Durchgang durch ein mancipium vor, was sich ein alter Patricier schwerlich gefallen liess. Auch war das Band der patria pot. ursprünglich ein so festes, dass es so zu sagen unzerreissbar war, wie sich dieses aus dem grossen Umwege ergibt, der zu einer Adoption und Emancipation durch Zuhülfenahme des mancipium als Zwischenstufe für nöthig befunden wurde.

II. Adoptiren kann nur ein männlicher homo sui juris. Auch soll derselbe, was ursprünglich bestritten war[3]), um mindestens eine plena pubertas[4]) für jeden Grad der Descendenz, in welchem der Andere (als Kind oder Enkel) adoptirt wird, älter sein, als dieser[5]). Der Liberte konnte nur von seinem eigenen Patron arrogirt werden[6]). Es soll der Vormund den früheren Pflegling nicht arrogiren können, bis dieser grossjährig geworden ist[7]). Auch soll man nicht ein fremdes Kind zum zweiten Male adoptiren können. In der Regel soll derjenige, welcher selbst Kinder hat oder noch solche zeugen kann, nicht arrogiren können, ja der parens arrogator desshalb bereits 60 Jahre alt sein. Ebenso soll man auch nicht mehrere zugleich adoptiren[8]). Auch ist die Adoption unter einer Bedingung oder ad tempus unzulässig[9]). In der Kaiserzeit wurden auch Castraten für unfähig erklärt, adoptiren zu können (der Grund aller dieser Bestimmungen ist, dass *adoptio imitatur naturam)*[10]), während andere Zeugungsunfähige fähig blieben, und auch Unverheirathete adoptiren können, und Jemand, der selbst keinen Sohn hat, dennoch Jemanden an Enkelsstatt adoptiren kann. Hat man aber einen Sohn und will man sich einen Enkel als von diesem Sohne abstammend adoptiren, so muss auch der Sohn einwilligen, weil dadurch für den Sohn ein suus heres entsteht[11]).

Sclaven konnten von ihren eigenen Herrn wahrscheinlich nur nach vorheriger *manumissio* adoptirt werden[12]). Im justin. Recht

Cod. VIII. 48. de adoptionibus. Vgl. Danz, Lehrb. der Gesch. des röm. R. Bd. 1. §. 101. S. 169 ff.

2) Vgl. Vering, Röm. Erbrecht S. 36 ff. — 3) Gai. I. 106. — 4) S. o. §. 56. S. 133. — 5) §. 4. Inst. h. t.; Ulp. l. 15. i. f. Mod. l. 40. §. 1. h. t. — 6) L. 15. §. 3. de adopt. I. 7. — 7) L. 17. h. t. — 8) L. 37. 50. h. t.; l. 15. §§. 2. 3; l. 17. §. 3. Dig. I. 7. — 9) L. 34. h. t.; l. 77. de R. I. L. 17. 10) §. 4. Inst. h. t.; Iav. l. 16. Dig. h. t. — 11) §. 7. Inst. h. t. I. 11. — 12) Vgl. o. §. 47. S. 107 f.

ist dem Erzeuger auch die Adoption seiner Concubinenkinder verboten [13]).

III. Die *arrogatio*, der eine sorgfältige causae cognitio durch den Magistrat vorausgehen soll, geschah ursprünglich durch *lex curiata*, und zwar arbitris pontificibus bezüglich der sacra, indem der zu Arrogirende von den sacra der bisherigen familia losgesagt werden musste (sacrorum detestatio). Der vorsitzende Magistrat stellte sodann folgende von Gellius [13a]) uns überlieferte rogatio an den populus: Velitis iubeatis Quirites uti Lucius Valerius Lucio Titio tam iure legeque filius sibi siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset utique ei vitae necisque in eo potestas siet uti patri endo [= in] filio est; haec uti dixi, ita vos Quirites rogo. Ebenso fragte der Magistrat den Adoptanten: an velit eum, quem adoptaturus sit, iustum sibi filium esse, und den zu Adoptirenden, an id fieri patiatur. Von diesen verschiedenen rogationes oder interrogationes hiess der ganze Act arrogatio [14]). Seit Verfall der *comitia curiata* in der späteren Zeit der Republik nahmen die pontifices die ganze Handlung unter Zuziehung der 30 Lictores statt der 30 Curien vor. Jetzt konnten auch Weiber arrogirt werden, bei denen dieses früher nicht möglich war, „quoniam cum feminis nulla comitiorum communio est" [15]). Seit *Diocletian* geschah die Arrogation durch kaiserliches Rescript [16]), durch welches auch etwaige Mängel der Adoption gehoben werden konnten [17]).

IV. Unmündige konnten erst seit Antoninus Pius arrogirt werden [18]). Wenn ein *impubes arrogirt* wird, müssen seine sämmtlichen Vormünder dazu *auctoritatem interponere* und der parens arrogator vor Gericht in doppelter Hinsicht Caution durch Bürgen oder Pfänder leisten:

a) er werde, wenn der Arrogirte während der Impubertät sterbe, das von demselben eingebrachte Vermögen desselben an diejenigen herausgeben, welche den impubes beerbt hätten, falls derselbe nicht arrogirt wäre.

b) dass der Arrogirte, falls ihn der Arrogator später wieder emancipiren sollte, dennoch ein Viertheil der Erbschaft des parens arrogator *(quarta divi Pii)* erhalten solle [19]). Zur Geltendmachung dieses Anspruches hat der Arrogirte eine actio in personam gegen die Erben [20]). Schmälerte der Arrogator die quarta Divi Pii durch

13) S. u. nr. VI. — 13a) Gell. N. A. V. 19. — 14) Gai. I. 98. 99; Ulp. VIII. 2. — 15) Gell. l. c.; Gai. I. 101. — 16) L. 2. 6. Cod. h. t. VIII. 48. — 17) L. 23. Dig. h. t. I. 7. — 18) Gai. I. 102; Ulp. VIII. 5. — 19) §. 3. Inst. h. t. I. 11.; l. 18. sqq. 22. 32. 33. D. h. t. I. 7.; l. 8. §. 15. de inoff. test. V. 2. — 20) L. 1. §. 21. de collat XXXVII. 6.

Veräusserungen unter Lebenden, so stellte der arrogatus beim Tode des parens arrogator, im Falle ex testamento geerbt wurde, die *actio quasi Faviana*, und wenn ab intestato geerbt wurde, die *actio quasi Calvisiana* zur Anfechtung der Veräusserungen an[21]).

Der als Unmündiger Arrogirte hat auch das Recht, nach erlangter Pubertät die Emancipation zu verlangen.

V. Um ein Hauskind in *adoptio* (i. e. S.) zu geben, musste zunächst das Band der väterlichen Gewalt zerrissen werden, und dazu gehörte, dass man den Haussohn dreimal nach einander einem Dritten mancipirte[22]), und zwar das erste und zweite Mal unter Beifügung des pactum fiduciae, dass der Sohn sofort wieder vindicta manumittirt werde, damit er dadurch jedesmal wieder in die *patria potestas* zurückfalle, das dritte Mal mit dem pactum fiduciae, dass der Sohn seinem Vater sogleich remancipirt werde, damit er dadurch in dessen mancipium gelange; bei der Tochter und dem Enkel genügte schon die einmalige Mancipation an den Dritten, wobei sogleich das pactum fiduciae beigefügt wurde, dass die Tochter oder der Enkel dem Vater sofort remancipirt werde. Aus seinem mancipium trat dann der frühere Inhaber der väterlichen Gewalt durch in iure cessio sein Kind oder seinen Enkel in die potestas des pater adoptans ab[23]). Vielleicht konnte aber auch statt der Remancipation derjenige, bei dem der Sohn sich in der dritten oder die Tochter oder der Enkel in der ersten Mancipation befand, den Adoptandus unmittelbar an den pater adoptans auf dessen imaginaria filii vindicatio hin in iure cediren. (Die betreffende Stelle bei Gaius ist nämlich lückenhaft[24]). Justinian setzte statt dieser weitläufigen Form fest, es sollten der leibliche

21) L. 13. si quid in fraudem patroni XXXVIII. 5. Vgl. u. §. 263.

22) Man hatte also von der ursprünglichen blossen Strafbestimmung der XII Tafeln her, wornach der dreimal in's mancipium hingegebene Sohn nicht mehr unter die väterliche Gewalt zurückfallen sollte (Gai. I. 132: „Si pater filium ter venumdedit liber esto"; vgl. o. §. 149. S. 117), eine Form zur Zerreissung des Bandes der väterlichen Gewalt hergenommen, um eine Adoption und Emancipation (s. u. §. 238. nr. V.) vornehmen zu können. Der Wortlaut der XII Tafeln verlangte aber nur für Söhne die dreimalige Hingabe in's mancipium, damit die väterliche Gewalt ganz zerrissen werde, und desshalb wohl begnügte sich die spätere Doctrin und Praxis bei Töchtern und Enkeln schon mit der einmaligen Hingabe derselben in's mancipium, um damit schon die völlige Aufhebung der väterlichen Gewalt über dieselben eintreten zu lassen. Vgl. Danz, Lehrb. der Gesch. des röm. R. Bd. 1. §. 105. S. 182 ff.

23) Gell. l. c.; Gai. I. 134.; Call. l. 29. h. t. I. 7. — 24) Gai. I. 134. Vgl. den von Huschke in den Text aufgenommenen Emendationsversuch von Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des röm. R. Erlangen 1853, Bd. I. S. 268.

Vater, der pater adoptans und das Kind ihre Einwilligung zu der Adoption vor Gericht zu Protocoll erklären.

Justinian. (a. 530.) l. 11. Cod. h. t. VIII. 48.: „Veteres circuitus in adoptionibus, quae per tres mancipationes et duas manumissiones in filiis aut per unam mancipationem in ceteris liberis fieri solebant, . . tollentes censemus licere parenti . . sine vetere observatione . . hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem iudicem [d. h. den verfassungsmässig zur Vornahme eines actus legitimus Berechtigten; l. l. 3. 4. 36 D. h. t., l. 2. Cod. h. t.] manifetare, praesente eo qui adoptatur et non contradicente, nec non eo qui eum adoptat." Cf. §. 8. Inst. quib. mod. ius patr. pot. solv. I. 12.

VI. Hatte ein Römer drei Söhne und gab er einen davon in Adoption (*adoptio ex tribus maribus)*, so sollte der Adoptivvater dem Adoptivsohn (wie einem arrogirten impubes) nach einem *S. C. Sabinianum* ein Viertheil seines Vermögens hinterlassen. Justinian hob dieses auf[25]).

VII. 1. Der Arrogirte wie der Adoptirte erlitt eine capitis diminutio minima[26]), und trat aus seinem seitherigen Agnatenverbande heraus in den Agnatenverband des Adoptivvaters. Die Kinder des Arrogirten gingen mit in die potestas des neuen Hausvaters über, während die bisherigen Kinder des Adoptirten in der potestas des Grossvaters zurückblieben. Der Adoptirte hatte noch selbst kein Vermögen und erwarb daher bloss in Zukunft für seinen neuen pater familias, während der Arrogirte zugleich dem parens arrogator sein gesammtes actives Vermögen per universitatem übertrug, dasselbe aber gewöhnlich wohl als pecul. profect. in Händen behielt[27]). Jedoch seit Ausbildung des peculium castrense, quasi castrense und adventicium bleibt der Arrogirte Inhaber seines ganzen Vermögens, indem sich dasselbe jetzt in das entsprechende peculium umwandelt, und ebenso wandelt sich seitdem der hinzukommende Erwerb des Adoptirten in die entsprechenden Peculien um.

1. Justinian bestimmte[28]), die Adoption solle nur noch in drei Fällen eine † *plena* sein, d. h. ein Heraustreten des Adoptirten aus der potestas und der Agnationsverbindung seines Vaters in die des Adoptivvaters herbeiführen:

a) wenn ein Hauskind seinem leiblichen Ascendenten in Adoption gegeben wird;

b) wenn der, welcher ein Kind in † plena adoptione hat, dasselbe weiter in Adoption gibt;

25) §. 14. Inst. de her. quae ab int. III. 1. cum Theoph. ad. h. t.; l. 10. §. 3. Cod. h. t. VIII. 48; cf. Senec. Controv. III. 1; l. 66. Cod. de decurionibus X. 31. — 26) S. o. §. 42. S. 90 f. — 27) Vgl. o. §. 42. S. 91. — 28) L. 10. Cod. h. t. VIII. 48; §. 2. Inst. eod.; §. 14. Inst. de her. quae ab int. III. 1.

c) wenn das in Adoption gegebene Kind noch nicht in unmittelbarem Erbrechtsverhältniss mit dem leiblichen Grossvater, in dessen potestas es sich befindet, steht, z. B. wenn ein Enkel bei Lebzeiten des Sohnes in Adoption gegeben wird; wenn aber hier der in der Mitte stehende parens bei Lebzeiten des Grossvaters wegfällt, und dadurch ein unmittelbares Erbrechts-Verhältniss eintritt, so wandelt sich die adoptio † plena in eine † minus plena um [29]).

In allen übrigen Fällen soll die adoptio nun eine † *minus plena* sein, d. h. der Adoptirte ganz in der bisherigen familia und potestas bleiben und nur ein Kindes-Verhältniss zwischen Adoptivkind und Adoptivvater, einen Alimentationsanspruch und ein einseitiges Intestat-Erbrecht (kein Notherben-Recht) gegenüber dem Adoptivvater erlangen. Bei der adoptio † plena erhält das Adoptivkind ein Pflichttheilsrecht gegenüber seinem Adoptivvater, nicht aber auch dieser gegenüber dem Kinde, und das Kind verliert [30]) das Pflichttheilsrecht gegenüber seinem leiblichen Vater. Es war unter den früheren röm. Juristen streitig gewesen, ob der in adoptionem datus, wenn er im Testamente seines leiblichen Vaters präterirt sei, die querela inoff. testamenti [31]) anstellen könne.

§. 14. Inst. de her. qu. ab int. III. 1: „. . constitutionem [l. 10. Cod. tit. VIII. 48.] scripsimus, per quam definivimus, quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, integra omnia iura ita servari, atque si in patris naturalis potestate permansisset, nec penitus adoptio fuerit subsecuta, nisi . . ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem Nostra autem constitutione exceptus est is, quem parens naturalis adoptandum susceperit. Utroque enim iure, tam naturali quam legitimo, in hac persona concurrente, pristina iura tali adoptioni servavimus . .“

VIII. Von Diocletian und Maximian wurde den Weibern *in solatium liberorum amissorum*, d. h. wenn sie leibliche Kinder gehabt und durch Tod verloren hatten, zum Troste gestattet, ein Pflegekind durch kaiserliches Rescript zu adoptiren. Es entstand dann zwar keine Agnation und *patria potestas* der Frau, aber ein mütterliches Verhältniss und gegenseitiges Intestat-Erbrecht zwischen Pflegemutter und Pflegekind und auch ein Pflichttheilsrecht des Pflegekindes gegenüber seiner Pflegemutter [32]).

IX. Nichtjuristische Schriftsteller erwähnen auch eine *adoptio per testamentum* [33]). Diese Erbeinsetzung in den Namen und das Vermögen des Testators hat aber im Allgemeinen nur die Bedeu-

29) Vgl. Vangerow I. §. 250. — 30) Nach l. 10. Cod. de adopt. — 31) S. u. §. 263. — 32) L. 5. Cod. h. t. VIII. 48.; §. 10. Inst. h. t. I. 11; Ulp. l. 25. §. 3. de inoff. testamento. V. 2. — 33) Vgl. darüber Vering, Röm. Erbrecht. S. 150 ff.; Appian. Bell. civ. III. 14.

tung einer Erklärung des Testators, dass er den eingesetzten Erben so liebe, wie seinen Sohn oder dgl. Octavian, der Schwestersohn Cäsars, war in dessen wahrscheinlich von Antonius untergeschobenen Testamente in solcher Weise adoptirt; Octavian liess diese Arrogation durch die Comitien bestätigen, um dadurch die Rechte eines Agnaten Cäsars zu erlangen, Dieses ist aber ein politischer Vorgang, aus welchem nicht der Schluss gezogen werden kann, dass eine derartige Bestätigung einer testamentarischen Adoption überhaupt Brauch gewesen sei, und um so weniger ist dieses anzunehmen, als sonst gewiss die juristischen Quellen nicht vollständig von einer solchen Adoption schweigen würden.

§. 237. Die Legitimation insbesondere.

I. Die vom canonischen Rechte[1]) so genannte † *legitimatio per subsequens matrimonium* wurde von Constantin zeitweilig, von Justinian nach mehreren Schwankungen der Gesetzgebung dauernd zur Ehelichmachung der Concubinenkinder und zum Erwerbe der väterlichen Gewalt über dieselben, nach canon. Recht überhaupt zur Ehelichmachung der unehelichen Kinder, mit Ausnahme der adulterini, gestattet[2]). Die Kinder müssen in die legitimatio (ausdrücklich oder stillschweigend) einwilligen.

II. Theodos II. bahnte die † *legitimatio per oblationem curiae* an, indem er zunächst verordnete, wenn Jemand, der keine ehelichen Descendenten habe, seinen Concubinensohn zum decurio bestimme, oder die Concubinentochter einem Decurionen zur Frau gebe, so dürfe er diesem Kind sein Vermögen so zuwenden, wie seinem ehelichen Kinde. (Die Decurionen hatten in den röm. Municipien eine Stellung, wie in Rom die Senatoren, aber sie hafteten mit ihrem ganzen Vermögen für alle Steuerausfälle, und sie durften daher auch ihr Vermögen nicht veräussern. Man musste daher Mittel suchen, Leute für dieses Amt zu gewinnen)[3]). Leo und Anthemius gewährten sodann dem Decurionskinde auch ein gesetzliches Erbrecht wie einem ehelichen Kinde, und endlich Justinian bestimmte, dass der Vater auch die potestas darüber erhalten solle[4]).

§. 237. 1) C. 13 x. qui filii sint legitimi IV. 17.

2) S. §. 13. Inst. de nupt. I. 10.; §. 2. Ins.. de her. quae ab int. III. 1.; l. 5—7. 10. 11. Cod. de nat. lib. V. 27; Nov. 12. c. 4; Nov. 18. c. 11; Nov. 19. 74. pr. 78. c. 4; Nov. 89. pr.; c. 8. 10. 14. x. qui filii sint legitimi IV. 17; c. 3. 6. x. de eo qui ducit in matr. quam polluit per adult. IV. 7. Dass auch nach canon. Rechte adulterini legitimirt werden können, vertheidigt Vangerow I. §. 255. mit anderen bei ihm Citt. Man vgl. dagegen aber Bened. XIV. Const. Redditae sunt nobis v. J. 1744.

3) Vgl. auch u. §. 264. u. 272. — 4) S. §. 13. Iust. cit.; l. 3. 4. Cod. de natural. lib. V. 27; Nov. Theod. I. 22. §§. 5 sqq.; Nov. Iustiniani 89. c. 2—6.

III. Justinian gewährte statt der von Anastasius erlaubten Arrogation des Concubinenkindes eine † *legitimatio per rescriptum principis*, wenn die Ehe mit der Concubine wegen Tod oder aus anderen Gründen unthunlich erschien und keine ehelichen Descendenten vorhanden waren und beide Interessenten einwilligten; und es sollte dieses Rescript von dem Vater auch noch im Testamente erbeten werden können, † *legitimatio per testamentum*. Heutzutage beziehen sich diese beiden Legitimationsarten auf alle Arten unehelicher Kinder[5]).

IV. Verschieden von der römischrechtlichen † legitimatio plena ist die deutschrechtliche sog. † legitim. minus plena, durch welche der Landesherr oder eine von diesem speciell oder (wie ehemals gewisse kaiserliche Notare, die sogen. Pfalzgrafen) generell dazu delegirte Behörde die blosse Makel der unehelichen Geburt aufhebt.

§. 238. Die Beendigung der väterlichen Gewalt[1]).

Die *patria potestas* erlischt:

I. durch den Tod des Kindes oder seines unmittelbaren Gewalthabers, und

II. durch dessen oder des Kindes capitis diminutio[2]). Wenn der Vater in Kriegsgefangenschaft gerieth, so war seit der Zeit der Severe allgemein anerkannt, dass nun die Kinder frei und selbstständig seien; früher hatten viele Juristen behauptet, dass die Kinder erst dann sui iuris würden, wenn der Vater in der Kriegsgefangenschaft sterbe[3]).

III. Im alten Rechte trat der flamen Dialis und die virgo Vestalis in die Familie der Gottheit; sie hörten damit auf, in einer menschlichen Familien-Gewalt zu stehen, behielten aber ihren bisherigen Agnationsverband[4]). Nach justin. Rechte endigte die väterliche Gewalt, wenn der Sohn das Patriciat oder eine Dignität der drei oberen Rangklassen, z. B. die eines consul, praefectus urbi, praefectus praetorio, magister equitum oder Bischofs erlangte, jedoch behielt man in diesen Fällen seinen bisherigen status familiae[5]). Alle diese Fälle sind jetzt unpraktisch, es hört jetzt[6]) die

5) Citt. l. 6. 7. Cod. V. 27; Nov. 74. pr. — c. 3; Nov. 79. c. 7. 11; Nov. 89. c. 1. 7. 9—11; Vangerow §. 256.

§. 238. 1) Gai. I. 127—136; Ulp. X; Paul. S. R. II. 25; Inst. quibus modis ius potestatis solvitur. I. 12; Dig. I. 7; Cod. VIII. 49. de emancipationibus; Cod. VIII. 50. (49.); Th. Cod. VIII. 14. de ingratis liberis; Nov. 81; Nov. 12. c. 2; Danz, Röm. Rg. Bd. 1. §. 105. S. 181 ff.; Windscheid II. §. 525.

2) S. o. §. 42. S. 90 f. — 3) Gai. I. 121; l. 22. §. 2. de captiv; §. 5. Inst. h. t. I. 12. — 4) Gai. I. 12; Gai. I. 130; Ulp. X. 5. — 5) §. 4. Inst. h. t.; l. 66. Cod. de decurion. X. 32; l. 5. Cod. de cons. XII. 3; Nov. 81. — 6) S. u. nr. V.

väterliche Gewalt auf, sobald das Kind eine selbstständige Stellung erlangt hat.

IV. In der Kaiserzeit trat das Kind zur Strafe des Vaters aus dessen potestas heraus: 1) im Falle dass der Vater ein Legat oder Geld unter der Bedingung annahm, dass die väterliche Gewalt aufhöre; oder 2) zu grausam war; oder 3) sein Kind aussetzte oder ihm die Alimente verweigerte; und 4) (eigentlich in Folge von capitis diminutio maxima) wenn er die Tochter verkuppelte oder wenn er eine incestuose Ehe einging[7]).

V. Durch *emancipatio*, die im älteren Rom wohl meistens nur mit ungerathenen Kindern geschah[8]). Seit dem VI. Jhdt. d. St. wurden aber Emancipationen häufiger. Wegen der Festigkeit des Bandes der potestas war die Form der Emancipation eine sehr weitläufige. Der Sohn wurde durch dreimalige *mancipatio* und auf die erste und zweite mancipatio, gemäss dem bei denselben ausdrücklich beigefügten pactum fiduciae, folgende manumissio (wie bei der datio in adoptionem[9]), die Tochter oder der Enkel durch einmalige *mancipatio* in das mancipium eines Dritten gebracht, damit dieser entweder sogleich durch manumissio vindicta (beim Sohne durch die dritte manumissio) das Kind zur persona sui iuris mache, oder damit er in Folge eines pactum fiduciae das Kind an den Vater remancipire und dieser es dann vindicta freilasse[10]). Derjenige, welcher die Freilassung vornahm, erlangte die Rechte eines Quasipatrons, namentlich gesetzliches Erbrecht und eine tutela (fiduciaria) in Beziehung auf den manumissus, und ob ingratitudinem konnte der parens manumissor das Kind in patriam potestatem revociren[11]).

Kaiser Anastasius[12]) setzte neben die alte Form der Emancipation die Emancipation durch kaiserliches Rescript mit gerichtlicher Insinuation, was auch inter absentes geschehen, und wobei privilegiumsweise der civile Familienverband aufrecht erhalten werden konnte.

Justinian hob die weitläufige alte Emancipationsform ganz auf (und es existirte nun auch kein extraneus manumissor mehr)[13]), und er setzte neben die *emancipatio Anastasiana* die *Justinianea*, wobei Vater und Kind ihren betreffenden Willen vor Gericht zu Protocoll erklären[14]).

Durch die Emancipation erleidet das Hauskind nach altem wie

7) C. 2. de infant. exposit. VIII. 52. c. 2. de inf. expos. V. 11; c. 12. de episc. audientia. I. 4; l. 6. Cod. de spect. XI. 40; Nov. 120. c. 2. — 8) Vgl. o. §. 49. V. S. 116 ff. u. §. 236. Note 22. — 9) S. o. §. 236. S. 610. — 10) Gai. I. 132—35; Ulp. X. 1. — 11) Vgl. o. §. 49. nr. V. — 12) L. 5. Cod. h. t. VIII. 49. — 13) Vgl. o. §. 236. S. 610. — 14) L. 6. Cod. h. t.; §. 6. Inst. h. t.

nach Justin. Rechte eine capitis diminutio minima[15]); es tritt aus dem bisherigen Agnationsverbande heraus, und was es in Zukunft erwirbt, erwirbt es als sui iuris persona zu seinem freien patrimonium. Auch das peculium † profecticium soll, wenn der Vater es nicht sofort bei der Emancipation zurückzieht, dem Sohn als freies Eigenthum verbleiben[16]). Das † peculium adventicium musste der Vater dem Sohne herausgeben, jedoch darf der Vater als praemium emancipationis einen Bruchtheil davon zurückhalten. Constantin bestimmte ein Drittheil[17]); Justinian steigerte den Bruchtheil auf die Hälfte, jedoch mit der Abschwächung, dass der Vater daran nicht mehr das Eigenthum, sondern nur wie während der väterlichen Gewalt Niessbrauch und Verwaltung haben, dass aber beim Tode des Vaters auch diese Hälfte ganz und ungeschmälert dem Kinde zufallen solle[18]).

Das dem patronatischen Erbrechte[19]) analoge Erbrecht des manumissor ist durch die Nov. 118 ganz beseitigt[20]).

VI. Schon nach röm. Recht konnte man die Freiheit von der väterlichen Gewalt ersitzen, dadurch dass man per longum tempus ungehindert als sui iuris persona lebte. Nach deutchem Recht hört die väterliche Gewalt auch auf, sobald das Kind aus eigenen Mitteln sich zu unterhalten anfängt oder einen eigenen Haushalt gründet (wozu aber bei dem Minderjährigen die Einwilligung des Vaters hinzukommen muss), oder bei der Tochter, wenn dieselbe heirathet *(emancipatio † Germanica* oder † *Saxonica)*.

VII. Die väterliche Gewalt kann auch aufhören wie entstehen durch *res iudicata*.

VIII. Durch in integrum restitutio gegen eine Adoption oder gegen ein die *patria potestas* zuerkennendes Urtheil.

15) S. o. §. 42. S. 91. — 16) Vat. fr. 255. 260. 261. — 17) L. 1. 2. Th. Cod. de bon. matern. — 18) L. 6. §. 3. Cod. de bon. quae lib. VI. 61. §. 2. Inst. per quas pers. nob. acquiritur. II. 9. — 19) Vgl. o. §. 48. S. 109 f. — 20) Vgl. u. §. 254. nr. II.

Kapitel III.

Die Vormundschaft (*tutela* und *cura* [1]).

§. 239. Begriff und historische Uebersicht.

I. Die Vormundschaft (*tutela* und *cura*) ist die von Staatswegen angeordnete Schutzgewalt über einen des besonderen Schutzes Bedürftigen. Ursprünglich war sie bei den Römern nicht so sehr eine Fürsorge für den Mündel, als vielmehr ein Recht im Interesse des zur Erbschaft und darum auch zur Vormundschaft berechtigten männlichen Agnaten [2]). Der Vormund sollte das Vermögen für die Familie zusammenhalten. In der Kaiserzeit gestaltete sich die Vormundschaft allmählich völlig zu einer Pflicht der Fürsorge für den Mündel um und war sie jetzt ein munus publicum, dem man sich nur aus gewissen gesetzlichen Gründen entziehen konnte.

Paul. l. 1. Dig. de tutelis XXVI. 1.: Tutela est (ut Servius definit) vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.

II. Die Römer unterschieden die Vormünder in Tutoren und Curatoren. Schon im alten Rechte gab es eine tutela über impuberes und über Weiber, die nicht in potestate oder manu standen. Auch gab es schon nach den XII Tafeln eine cura furiosi und prodigi; erst seit der lex Plaetoria im 6. Jhdt. d. St. kam eine cura

1) Gai. I. 142—200; Ulp. XI. XII; Paul. S. R. II. 27—32; Fragm. Vat. 123—247; Theod. Cod. III. 17—19; Inst. I. 13—26; Dig. XXVI. XXVII; Cod. V. 28—75; Novellae 72. 94; cf. Nov. 117. c. 5; Nov. 22. c. 40; Nov. 89. c. 14; Nov. 123. c. 5; Nov. 131. c. 15; Nov. 155. — Goldene Bulle VII. §. 4. Reichs-Poliz. O. 1548. Tit. 31. 1577. Tit. 32; Kamm. Ger. Ordn. 1555. I.; Tit. 76; Concept der K. G. O. I. Tit. 34. §. 13. Tit. 94. II. §. 2. III. Tit. 9. §. 6. Tit. 34. §. 13. Tit. 52. §. 6; R. A. v. 1570. §§. 88. 89; R. Dep. Absch. 1600. §§. 26. 95; Wahlcap. Jos. I. Art. 47. — Glück. Comm. Bd. 29—32. Rudorff, das Recht der Vormundschaft. 3 Bde. Berlin 1832—34; Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes dargestellt. 3 Bde. Göttingen 1835. 47. 59; Bruns a. a. O. §. 83. 85. S. 423 ff.; Danz, Röm. Rgsch. Bd. 1. §. 113 ff.; Vangerow I. §. 261 ff.; Windscheid II. §. 432 ff. §. 426.

§. 239. 2) L. 1. pr. de legit. tutor. XXVI. 4: „ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur.“; vgl. Gai. 155. 156. 164; Ulp. XI. 2—4. 26.

minorum auf; endlich der Prätor führte noch curatores bonorum, debilium personarum, und curatores ad hoc, d. h. für einzelne Geschäfte zur Vertretung eines verhinderten Tutors ein. In Betreff der Sorge für die Person des Pupillen, der administratio bonorum, und der pro pupillo gestio sind Tutoren und Curatoren im Ganzen gleichgestellt; verschieden sind sie aber darin, dass der tutor den unvollständigen Willen des impubes, (qui nondum plenum iudicium habet)[3], den mangelhaften intellectus desselben, oder beim Weibe, so lange die Weibertutel bestand, die durch die Eigenschaft als Mann bedingte grössere Ernstlichkeit der Willensbestimmung mit seiner auctoritas (abgeleitet von augere = vermehren) ergänzen sollte (*tutor personae, curator rei vel causae datur)*[4], während der curator nur als Rathgeber den Pupillen vor Verschleuderung des Vermögens, vor den Folgen der Unerfahrenheit und des Leichtsinns schützt und nur zu gewissen Handlungen (Veräusserungen) des unter der cura Stehenden der *Consens des Curators* nöthig ist. Die auctoritas des Tutors, ohne welche der Mündel in eigener Person kein klagbares Rechtsgeschäft abschliessen kann, musste bei den Römern pure, in continenti, und in praesenti und certis sollennibus verbis (Ego in hanc rem tutor auctor fio) interponirt werden. Der Consens des Curators kann auch bedingt und auch im Voraus oder nachträglich und ohne bestimmte Form ertheilt werden. Die tutela wurde von den Römern zu den *officia* gezählt und nahm unter diesen die erste Stelle ein[5], was bei der cura nicht der Fall war.

III. Bei den Römern hörte bei erreichter Pubertät des Pupillen die *tutela* über denselben auf, und von der *cura* über den nunmehrigen pubes[6]) konnte sich der gewesene tutor sogar entschuldigen. Nach der Reichspolizeiordnung v. 1548 soll aber jeder minor einen curator haben, während ein solcher nach röm. Rechte nur für leichtsinnige minores und sonst nur zur Vornahme gewisser Geschäfte, besonders bei Veräusserungen von Seiten eines minor, nöthig war. Es bleibt daher jetzt der Vormund bis zu erreichter Volljährigkeit. Auch sind die Förmlichkeiten der röm. auctoritatis interpositio von Seiten eines tutor weggefallen.

§. 240. Die Delationsgründe der tutela[1]).

I. 1. Der pater familias kann schon nach den XII Tafeln in seinem Testament, und nach dem Rechte der Kaiserzeit auch in

3) L. 189. de R. I. — 4) L. 12—15. de testam. tut. XXVI. 2. — 5) Gell. V. 13. — 6) S. u. §. 245. III.

§. 240. 1) Gai. I. 144—149. Vat. fragm. 229 sqq.; Inst. I. 13. de tutelis. I. 14. qui testam. tutores dari possunt; Dig. XXVI. 2. Cod. V. 28. de testam. tut.; Dig. XXVI. 3. Cod. V. 29. de confirmando tutore.

einem testamentarisch bestätigten Codicill, für den noch zur Zeit seines Todes in seiner unmittelbaren potestas befindlichen impubes, sowie auch für den postumus, d. h. den, welcher erst nach der Testamentserrichtung in seine potestas kommen oder erst nach dem Tode des testirenden Vaters geboren werde, jedoch wenn der Testator länger gelebt hätte, in dessen unmittelbare potestas gefallen sein würde, einen Vormund bestellen, und einen solchen tutor allein betrachteten die Römer als einen vollkommenen *(tutor testamentarius † perfectus)*, so dass dieser nach römischem Rechte keiner Bestätigung durch die Obrigkeit und auch keiner Cautionsstellung bedurfte.

2. Derjenige, welcher testamentarisch zum Vormund ernannt werden soll, muss die testamenti factio † passiva[2]) haben und überhaupt fähig sein, Vormund zu werden; jedoch wenn die Unfähigkeit eine blosse zeitweilige ist, so wird bloss für diese Zeit von der Obrigkeit ein Vormund bestellt. Der testamentar. Vormund muss aber eine persona certa sein, weil der Vater die Sorge für sein Kind nicht dem blinden Zufall überlassen soll[3]). Es galt dasselbe im klass. Rechte auch von Erbeinsetzungen[4]). Auch kann ein testament. Vormund nicht für einzelne Geschäfte gegeben werden, sondern er muss ein genereller sein[5]).

3. Wenn in demselben Testamente dieselbe Person mehrmals mit verschiedenen besonderen Modalitäten zum Vormund ernannt ist, so wird die letzte tutoris datio als allein gültige angenommen[6]). Wenn aber verschiedene Personen unter verschiedenen besonderen Modalitäten berufen werden, so gelten alle als berufen[7]).

4. Das prätorische Recht erlaubte auch dem Vater, der nicht die potestas hat oder nur ein unbestätigtes Codicill errichtet, wenn er das Kind auch nicht zum Erben einsetzt, und später auch im Falle sie das Kind zum Erben einsetzten, der Mutter und den übrigen Ascendenten, und das neuere Recht auch den extraneis, (und zwar extraneis dann, wenn das von ihnen Zugewandte das einzige Vermögen des Kindes ist) ebenfalls durch den letzten Willen dem Kinde einen tutor zu bestellen *(tutor testamentarius † imperfectus)*, aber dieser tutor bedurfte schon nach röm. Rechte erst noch der obrigkeitlichen Bestätigung *(† confirmatio ex iure Romano)*, die bei dem vom Vater angeordneten ohne Weiteres, bei dem von der Mutter oder Anderen angeordneten tutor erst nach einer causae cognitio geschehen sollte. Auch musste dieser tutor, wenn er von

2) S. u. §. 257. — 3) §. 27. Inst. de legat. II. 20. — 4) S. u. §. 257. II. — 5) L. 12—15. h. t.; §. 4. Inst. qui test. tut. dari poss. — 6) L. 10. §. 1. h. t. — 7) L. 24. Cod. h. t.

der Mutter oder Fremden bestellt war, schon nach röm. Rechte Bürgschaft leisten; aber er schliesst ebenfalls den durch das Gesetz berufenen oder sonst vom Magistrat zu bestellenden Vormund aus[8].

5. Die röm. Quellen nennen den *tutor testamentarius* gewöhnlich *tutor dativus*, womit man heutzutage den obrigkeitlich bestellten Vormund bezeichnet.

II. In Ermangelung eines *tutor testamentarius* wurde als *tutor legitimus* nach den XII Tafeln der nächste männliche Agnat, und wurden in Ermangelung eines solchen wohl die Gentilen, und nach der Interpretation der XII Tafeln für den Freigelassenen und dessen Kinder der Patron und dessen familia berufen[9]; über den an einen extraneus mancipirt Gewesenen und von diesem aus dem mancipium Freigelassenen wurde der extraneus manumissor nebst seinen männlichen agnatischen Descendenten nach der Gradesnähe *tutor fiduciarius*[10]. Der parens manumissor sollte aber eine tutela legitima haben, während nach seinem Tode seine agnatischen Söhne eine fiduciaria tutela erhielten[11]. Der Name *tutor fiduciarius* erklärt sich daraus, dass bei allen Emancipationen den Mancipationen ein pactum fiduciae de manumittendo oder de remancipando beigefügt wurde[12]. Es konnte diese tutela fiduciaria nicht wie die tutela legitima über Frauen in iure cedirt werden[13].

Severus bestimmte, die Mutter oder Grossmutter könne, wenn sie selbst von der Tutel frei sei, durch kaiserliches Rescript die Vormundschaft über ihre Kinder oder Enkel erhalten. Valentinian, Arcadius und Theodosius[14] verlangten für diesen Fall, dass die Mutter oder Grossmutter selbst grossjährig und tüchtig sei, nicht zur zweiten, dritten u. s. w. Ehe zu schreiten verspreche (und zwar musste dieses Versprechen bis auf Justinian eidlich geschehen[15]), und dass auch kein anderer testamentarischer oder gesetzlicher tauglicher Vormund vorhanden sei: unter diesen Voraussetzungen solle sie vom praefectus praetorio zur Vormünderin bestellt werden dürfen. Justinian forderte ferner, dass die Mutter oder Grossmutter auch ausdrücklich für die vormundschaftliche Geschäftsführung auf das *S. C. Velleianum* und *omne auxilium* verzichte und ausdrücklich ihr ganzes Vermögen vorher verpfände[16]. Ein gesetzliches

8) §. 3—5. Inst. de tutelis. I. 13. — 9) Vgl. auch o. §. 48. S. 109; §. 139. nr. III. S. 303. — 10) Gai. I. 155—184. 192; Ulp. XI. 3—13. Vgl. o. §. 238. nr. I. — 11) Inst. tit. de fiduciaria tut. I. 19. — 12) Ulp. XI. 5. — 13) Vgl. o. §. 224. nr. V. S. 568 f. §. 244 a. E.; Gai. I. 172 sqq. 190. 192. II. 122; §. unica Inst. de legit. parent. tutela I. 18; §. unica Inst. de fid. tut. I. 19. — 14) L. 2. Cod. quando mulier V. 35. v. J. 390. — 15) Nov. 94. c. 2. — 16) L. 3. Cod. quando mulier V. 35; Nov. 95. c. 1.

Pfandrecht am Vermögen der Mutter tritt nämlich erst dann ein, wenn sie ohne Rechnung abgelegt zu haben, zu einer neuen Ehe schreitet[17], in welchem Falle sogar auch an dem Vermögen ihres neuen Gatten ein gesetzliches Pfandrecht entsteht[18]. In Nov. 118. cap. 5. erklärte dann Justinian mit jenen Cautelen die Mutter und Grossmutter für gesetzlich zunächst berufene Vormünderinnen, mit der Befugniss jedoch, die Vormundschaft ausschlagen zu dürfen.

Nach Justin. Rechte[19] gilt für die legitima tutela, abgesehen davon, dass von den Frauen nur Mutter und Grossmutter berufen werden, durchaus der Satz, „ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet"[20], und es wird also nächst der Mutter und Grossmutter sonst der nächste männliche Verwandte, einerlei ob er Agnat oder Cognat ist, zur tutela legitima berufen, wenn er nur selbst dazu fähig ist. Die tutela fiduciaria eines extraneus manumissor verschwand im justin. Recht mit dem mancipium[21]. Bestehen blieb aber die tutela legitima des parens manumissor, und bei dessen Tode treten auch noch nach justin. R. die agnatischen Söhne des parens manumissor in die Vormundschaftsgewalt als tutores fiduciarii oder nach der Nov. 118 wohl als legitimi tutores ein.

III. Während ursprünglich ein Magistrat zur Bestellung eines Vormunds[22] nicht schon kraft seiner Amtsgewalt, sondern nur kraft ausdrücklicher Bevollmächtigung durch ein Gesetz oder Senatusconsult befugt war[23], bestimmte die *lex Atilia* (vom J. 566 d. St.) für Rom, dass in Ermangelung eines tutor testamentarius oder legitimus der praetor urbanus unter Mitwirkung der maior pars tribunorum plebis, und bestimmte für die Provinzen die *lex Iulia et Titia*, (und zwar zuerst die lex Titia, sodann die Augustische lex Iulia; vielleicht wie *Vangerow* vermuthete, zuerst die lex Titia für

17) Nov. 22. c. 40. — 18) L. 2. Cod. quando mulier; l. 6. Cod. in quib. caus. pign. tac. contr. VIII. 15; Nov. 22. c. 40.

19) Inst. I. 15. de legit. angnatorum tutela; cf. I. 16. de cap. dim.; Inst. I. 17. de legit. parentum tutela; I. 19. de fiduc. tutela; Dig. XXVI. 4. de legitimis tutoribus; Cod. V. 30. de legit. tutela; Nov. 89. c. 14; Nov. 118. c. 4; Nov. 131. c. 15; — Cod. V. 35. Quando mulier tutelae officio fungi potest; Nov. 118. c. 5.

20) Inst. de legit. patron. tutela I. 17; l. 73. pr. l. 10. de R. I. cf. l. 1. pr. de legit. tut. XXVI. 4; Nov. 118. c. 4. 5. — 21) Vgl. o. §. 49. nr. V. S. 117 f. §. 238. nr. V. S. 618 f.

22) Gai. I. 185; Ulp. XI. 18. 20—22. 24; Vat. fragm. 155; Inst. I. 20. de Atiliano tutore et eo qui ex lege Iulia et Titia dabatur; l. 30. Cod. de episc. aud. I. 4; Dig. XXVI. 5. de tutoribus et curatoribus datis etc.; Dirksen, Vermischte Schriften. Bd. I. nr. 1.

23) L. 6. §. 2. de tutel. XXVI. 1.

die provinciae populi Romani, und dann die lex Iulia auch für die provinciae Caesaris), dass der praeses provinciae für jenen Fall einen tutor ernennen solle. Daher wurde ein solcher *tutor Atilianus*, *tutor Iulianus et Titianus* genannt, heutzutage jedoch nennt man ihn, wie schon Modestinus[24]) und Justinian[25]) thaten, *tutor dativus*[26]). Im weiteren Sinne hiessen bei den Römern auch die tutores testamentarii dativi[27]).

Schon vor der lex Atilia wurde nach Gerichtsgebrauch dem Mündel zu Prozessen mit dem Tutor (in litem) ein eigener (Special-) Tutor *(tutor praetorius* oder *praetorianus)*[28]), nach justinian. R. ein curator ad litem bestellt[29]); zufolge Senatusconsulten sollten auch zu anderen vorübergehenden Zwecken, z. B. für Geschäfte mit dem tutor selbst (der nie in re sua auctor esse poterat)[30]), oder bei Abwesenheit oder sonstiger Verhinderung desselben, und zufolge der lex Iulia für Frauen auch zum Zwecke der Bestellung einer dos ein Special-Tutor (praetorius oder praetorianus) bestellt werden[31]). Pomponius[32]) gedenkt auch eines eigenen *adiutor* tutelae, den sich der tutor auf seine Gefahr vom Magistrate beiordnen liess.

Jene Gesetze, durch welche die obrigkeitliche tutoris datio in's Leben gerufen wurde, waren noch sehr ungenügend, indem die Obrigkeit darnach noch kein Recht hatte, einen Zwang zur Uebernahme der vormundschaftlichen Verwaltung zu verhängen und von dem Vormund eine Caution zu verlangen. Daher wurden die leges Atilia und Iulia et Titia allmählich abrogirt, indem SCta und kaiserliche Constitutionen andere Obervormundschaftsbehörden aufstellten und diesen auch grössere Vollmachten gewährten. Claudius bestimmte, die Consuln sollten nach einer vorzunehmenden genauen Untersuchung die Vormünder bestellen[33]). Marcus Antoninus setzte sodann für Vormundschaftssachen einen eigenen praetor tutelaris ein[34]). Die obervormundschaftliche Gewalt wurde ferner auch den iuridici in Italien[35]) und dem iuridicus in Alexandrien[36]), den Statthaltern, den Proconsuln[37]), dem in Constantinopel für das Vormundschaftswesen eingesetzten prätor[38]) und dem praefectus

24) L. 7. rem pupilli salvam fore XLVI. 6. — 25) L. 52. pr. Cod. de episc. I. 3. — 26) S. o. §. 77. nr. V. — 27) Ulp. XI. 14. — 28) S. o. §. 111. S. 217. — 29) §. 3. Inst. de auct. tut. I. 21; Cod. De in litem dando tutore vel curatore. V. 44; l. 3. i. f. — l. 5. D. de tutel. XXVI. 1. — 30) Gai. I. 184; Ulp. XI. 24; l. l. 1. 5. 7. D. de auctoritate et cons. XXVI. 8. — 31) Gai. I. 173—184; Ulp. XI. 20—24; l. 2. D. de tut. dat. XXVI. 5. — 32) L. 13. §. 1. D. de tutel. XXVI. 1. — 33) Sueton. Claud. 23. Plin. IX. ep. 13; Vatic. fragm. §. 115. — 34) Capitolin. Marc. 10. — 35) S. o. §. 105. S. 208 f. Vgl. Rudorff, Note *u.* zu Puchta Inst. Bd. III. §. 298. S. 177 der 5. Aufl. — 36) L. 2. de off. iurid. I. 20; §. 5. Inst. de Atil. tut. I. 20. — 37) L. 1. de tutor. XXVI. 5; l. 15. de off. procons. I. 16; §. 4. Inst. de Atil. tut. I. 20. — 38) Ioann. Lydus II. 30; l. 18. C. praed. minor. V. 71.

urbi übertragen[39]). Auch erhielten die Municipalmagistrate die tutoris datio[40]); jedoch wurde sie ihnen später auf den Fall beschränkt, dass der Mündel geringeres Vermögen, nach Justinian höchstens 500 solidi hatte[41]). Unter denselben Beschränkungen wie die Municipalmagistrate durften auch die defensores civitatum unter Zuziehung des Bischofs oder anderer öffentlicher Personen den Pflegebedürftigen Vormünder bestellen[42]).

Die Befugniss, auf die Bestellung eines Vormunds anzutragen, hatten die Verwandten, Freunde und wer sonst an dem Pflegebedürftigen ein Interesse nahm. Es hafteten aber, wie die Bürgen des Vormunds, alle bei der Bestellung desselben mitwirkenden Personen: die *nominatores*, welche Jemanden zu einem munus publicum, d. h. hier zum vormundschaftlichen Amte vorschlugen, die *affirmatores*, welche die Tüchtigkeit des Vorgeschlagenen bezeugten, und die *postulatores*, welche den tutor erbeten hatten, und eventuell hafteten auch die magistratus minores, auf deren Untersuchung und Anträge hin der höhere Magistrat den Vormund eingesetzt hatte.

Septimius Severus verpflichtete die Mutter bei Strafe des Verlustes der Erbschaft des Kindes wegen Indignität zu Gunsten der nächstfolgenden Erben, ihren unmündigen Kindern nöthigen Falls beim Magistrate binnen Jahresfrist einen tutor zu erbitten und geeignete Vorschläge zu machen. Im justin. Recht ist diese Verpflichtung auf die Grossmutter, die Intestaterben und den Pupillarsubstituten ausgedehnt[43]). Rechtsirrthum befreit von der Strafe nicht, wohl aber factischer Irrthum. Auch fällt die Strafe weg, wenn der Pflegling nach erlangter Testirfähigkeit stirbt; wenn kein Vermögen vorhanden ist; wenn schon in anderer Weise für die Ernennung eines Tutors gesorgt war; wenn dem impubes ein bedeutendes Vermächtniss unter der Bedingung, dass er keinen tutor habe, hinterlassen war; wenn die Mutter noch minderjährig ist.

IV. Unfähig zur Tutel sind[44]):

a) Sclaven und Peregrinen. Jedoch ein Latinus Junianus konnte tutor werden[45]), nur nicht durch ein Testament[46]). Ueber

39) L. 45. §. 3. de excus. XXVII. 1; c. 3. 4. Cod. Theod. de tutor. III. 17; l. 3. Cod. de tutor. V.. 33; §. 4. Inst. cit. — 40) L. 3. de tut. dat. XXVI. 5; Lex municip. Salpens. c. 29. — 41) §. 4. Inst. cit. — 42) L. 30. Cod. de episc. aud. I. 4; §. 5. Inst. de Atil. tut. I. 20.

43) Dig. XXVI. 6. qui petant tutores vel curatores et ubi petantur; Cod. V. 31. 32; l. 2. §. 26 sq. §. 44 sqq. Dig. ad S. C. Tertull. XXXVIII. 17; l. 3. 6. Cod. eod. VI. 56.

44) De excusationibus: Paul. S. R. II. 27; Vat. fragm. 123—247; Th. Cod. III. 31. (30.); Inst. I. 25; Dig. XXVII. 1; Cod. V. 62. (—69); Cod. V. 47.

45) Fragm. Vat. 193. — 46) Gai. II. 23; Ulp. XI. 16.

die testamentarische Freilassung eines Sclaven unter Benennung desselben zum tutor ist schon früher gehandelt worden[47];

b) mit Ausnahme von Mutter und Grossmutter die Frauen[48];

c) Soldaten;

d) seit Justinian auch Bischöfe und Mönche, und

e) die Minderjährigen, welche letzteren vor Justinian nur eine *excusatio necessaria* hatten, während impuberes von jeher unfähig waren.

Einem Unfähigen wird die Tutel gar nicht deferirt, so dass sie dann sogleich dem sonstigen durch Testament oder dem folgenden durch Gesetz Berufenen deferirt wird.

V. Wenn aber Jemandem eine *excusatio necessaria* (Untauglichkeit) entgegensteht, oder der Berufene eine *excusatio voluntaria* gebraucht, so wird dann von der Obrigkeit ein Vormund statt seiner bestellt.

Eine *excusatio necessaria* haben:

a) Wahnsinnige, Stumme, Taube, Blinde und gerichtlich erklärte Verschwender.

b) Wer mit dem Vater des Pupillen in Capital-Feindschaft lebte, oder

c) mit diesem oder dem Pupillen in einer controversia de statu steht, oder

d) seit Justinian auch überhaupt, wer in einem Schuldverhältniss mit dem Pupillen oder umgekehrt steht.

e) Wer von dem Vater oder der Mutter durch letztwillige Verfügung ausgeschlossen wurde.

f) Wer sich durch Herandrängen zur Vormundschaft (z. B. dadurch, dass er sie erkaufen wollte) verdächtig macht *(tutela † affectata)*.

g) Jeder, aus dessen Verwaltung mit Recht ein Nachtheil für den Mündel zu befürchten ist.

VI. 1. Eine *excusatio voluntaria*, deren Vorschützen von dem Belieben des zur Tutel Berufenen abhängt, aber gleich bei der Delation der Vormundschaft vorgebracht werden muss, besteht[49] z. B. für ehrenvoll entlassene Soldaten, Magistratspersonen, Geistliche, Professoren und Aerzte, über 70 Jahre Alte, bereits für 3 Vormundschaften (sei es direct oder für die Vormundschaften der filii familias) Haftende, Arme, und bis zum neueren Rechte auch für denjenigen, der einen Anderen als geeigneteren Vormund vorschlug. (Es war diese, wir wissen nicht durch wen aufgehobene,

47) Vgl. o. §. 47. nr. I. 3. S. 107. — 48) S. o. nr. II. S. 623; §. 231. S. 598; §. 232. S. 600. — 49) Vgl. die Aufzählung bei Vangerow I. §. 271.

im justin. R. spurlos verschwundene *potioris nominatio* durch eine oratio Septimii Severi näher geregelt, und bereits allen testamentarischen Vormündern, den cognati bis zum 6. Grad und den affines, den Collegen des Vaters, und dem Freigelassenen in Betreff des unmündigen Kindes seines Patrons versagt worden)[50]).

2. In vier Fällen darf sich der Vormund sogar von der bereits übernommenen Tutel excusiren:

a) wenn er sich in Staatsangelegenheiten über die See entfernt, oder

b) in das consilium principis aufgenommen wird, oder

c) mit Erlaubniss des Regenten und unter dessen Vorwissen von der Vormundschaft sein Domicil ändert;

d) wenn der Vormund krank wird.

3. Wer eine excusatio vorschützen wollte, musste wie bei anderen munera publica eine Appellation einlegen. Eine Constitution von Marc Aurel änderte dieses jedoch in Bezug auf die tutela und bestimmte, dass die Excusationen in erster Instanz bei der Obervormundschaft angebracht werden sollten, und dass dann gegen die Entscheidung noch appellirt werden könne[51]). Die constitutio divi Marci bestimmte auch, um die excusatio vorzuschützen, habe man für eine Entfernung von 100 Meilen 30 Tage, und für jede weiteren 20 Meilen Entfernung noch einen Tag mehr Zeit, jedoch in jedem Falle als minimum einen Zeitraum von 50 Tagen[52]); binnen 4 Monaten, welche ex die nominationis tutoris zu laufen beginnen, müsse der Excusationsprozess durchgeführt sein. Dringt man aber mit seiner excusatio nicht durch, so muss man rückwärts für alle Versäumnisse haften (periculum cessationis), und es ist desshalb gerathen, vorläufig die Vormundschaftsverwaltung zu übernehmen. Wer sich von einer testamentarischen Vormundschaft excusirt, soll dasjenige verlieren, was ihm mit Rücksicht darauf im Testamente hinterlassen war[53]).

§. 241. Die vormundschaftliche Thätigkeit im Einzelnen[1]).

I. Es können mehrere Vormünder neben einander ex testamento oder ab intestato berufen sein. Der Vater kann im Testamente bestimmen oder sonst kann die Vereinbarung der Vormünder

50) Vgl. Paul. S. R. II. 28. II. 29; Vat. fragm. 157 sqq. 206 sqq. 242; l. 4. Cod. de magistr. conven. V. 75; l. 12. Cod. qui dare tut. V. 34; cf. Cod. de potiorib. ad munera nominandis X. 65. [67].

51) L. 1. §. 5. quando appell. sit XLIX. 4. — 52) L. 13. §. 1. 2. de excus. tut. — 53) L. 27. 28. §. 1. l. 33. 35. 36. pr. de excus. XXVII. 1; l. 28. pr. de test. tut. XXVI. 2; l. 3. de iure patron. XXXVII. 14.

§. 241. 1) Bruns a. a. O. §. 84. S. 424.

oder die Mehrheit derselben auf Veranlassung der Obervormundschaft feststellen, wer der eigentlich geschäftsführende Vormund *(tutor gerens)* werden soll, oder es kann solches auch der Magistrat bestimmen, wenn die Mehrheit der berufenen Vormünder nicht protestirt[2]). Es können auch durch den Testator oder den Magistrat mehrere tutores gerentes für verschiedene Geschäftsbranchen oder für die Verwaltung der in verschiedenen Gegenden gelegenen Güter bestellt werden[3]). Jedoch wenn diese Theilung durch Uebereinkunft oder Mehrheitsbeschluss der Vormünder geschehen ist, so gilt nur die Arbeit, nicht auch die Verantwortlichkeit als getheilt.

II. Die übrigen tutores, welche neben den tutores gerentes stehen, sind entweder *tutores honorarii*, welche zur Beaufsichtigung der tutores gerentes bestimmt sind, oder *tutores notitiae causa dati*, welche dem tutor gerens Aufschluss über die Verhältnisse geben sollen. Letzteres waren bei den Römern häufig alte im Testamente freigelassene Sclaven des Hauses[4]).

III. Alle drei Arten von tutores haften in gerendo, inspiciendo, instruendo — für diligentia, quam in suis rebus — und hat sich Jemand zur Vormundschaft herangedrängt, dann haftet er für omnis culpa.

IV. Der tutor gerens hat regelmässig die Wahl, ob er für den Pupillen die Geschäfte selbst abschliessen will *(pro pupillo gestio)*, oder ob er den Mündel handeln lassen und dazu seine *auctoritas* interponiren will. Nur zum Erbschaftserwerb und zur Besitzergreifung sollte nach röm. R. stets das Letztere geschehen, ausgenommen beim infans, für den überhaupt nur eine pro pupillo gestio stattfinden konnte[5]). Nach dem canon. und heutigen Grundsatze der freien Stellvertretung[6]) kann der Vormund aber auch den Besitz- und Erbschaftserwerb für den Mündel vornehmen.

V. Wenn mehrere Tutoren vorhanden sind, so genügt die *auctoritas* eines einzelnen, wenn keiner der anderen Einsprache erhebt; nur tutores legitimi mussten vor Justinian sämmtlich ihre *auctoritas* interponiren, und ein tutor honorarius kann nicht auctoriren, wenn es sich um eigentliche Verwaltungsgeschäfte handelt, z. B. um Uebernahme von Obligationen, wohl aber zu einem Erbschaftsantritt oder sonstigen Erwerbe. Auch müssen a l l e T u t o r e n *auctoritatem in-*

2) §. 1. Inst. de satisdat. tut. et cur. I. 24. — 3) Cod. V. 52. de divid. tut. — 4) Ulp. l. 14. §. 16. de solut. XLVI. 3; l. 3. §. 1. 2. de adm. et peric. tut. XXVI. 7. — 5) Inst. I. 21. de auctor. tutor.; Dig. XXVI. 8. de auctor. et consensu tut. et curat.; Cod. V. 59. de auct. praest.; Dig. XXVI. 9; Cod. V. 39. quando ex facto tutoris minores agere vel conveniri possunt. vgl. o. §. 194. S. 469. 477. — 6) S. o. §. 84. S. 173.

terponere, wenn es sich um ein Rechtsgeschäft handelt, wodurch die Tutel beendigt werden soll, wie bei der Arrogation[7]).

VI. Wenn der Pupill schon infantia maior ist und ohne den Vormund eine Verpflichtung eingeht, so wird der Pupill selbst dadurch allein (falls nicht ein anderer Grund hinzutritt, namentlich etwa ihm eine Bereicherung zugeht, wo er dann ex re und zwar nach Rescript von Pius civiliter obligirt wird) zunächst gar nicht civilrechtlich verpflichtet; gleichwohl entsteht aber stets eine naturalis obligatio, welche eine genügende Basis für eine gültige Zahlung, expromissio, Bürgschaft und Pfandbestellung von Seiten dritter Personen, ja auch von Seiten des Pupillen, wenn der Vormund hierzu nachher mitwirkt oder der Pupill die Mündigkeit erreicht hat, oder von Seiten des Erben des Pupillen bilden, überhaupt nachher als naturale debitum für den Pupillen wirksam werden kann, soweit nicht die Absicht des Gesetzes entgegensteht, den Pupillen gegen Beschädigungen, die durch Uebernahme von Verbindlichkeiten für ihn entständen, zu schützen[8]).

VII. In Bezug auf die Vermögensverwaltung hatten die Tutoren anfangs eine ganz freie Befugniss. Später wurde es ihre Pflicht, das Mündelvermögen möglichst zu conserviren und zu vermehren[9]). Es war nach dem Rechte der Pandekten und des Codex besonders von Arcadius und Honorius, und anfangs auch von Justinian war namentlich bestimmt, dass das Mündelvermögen, falls die Einkünfte zur Unterhaltung des Mündels ausreichten, hauptsächlich zum Ankaufe von Liegenschaften verwendet werden sollten, und nur soweit es zum Unterhalte des Mündels nöthig sei, sollte der Vormund die Capitalien vollständig gegen Sicherheit auf Zinsen ausleihen. Später schrieb Justinian[10]) vor, es solle das von den Einkünften des Mündels überschiessende Capital bei Gericht deponirt werden. Dies ist aber ein unwirthschaftlicher Rath, welcher desshalb heutzutage gewöhnlich nicht befolgt wird.

VIII. Anfangs hatten die Tutoren auch die Befugniss der freien Veräusserung des Vermögens des Mündels. Eine *oratio Septimii Severi et Caracallae* im J. 195 n. Chr. erklärte aber die Veräusserung der dem Mündel gehörenden *praedia rustica* und *sub-*

7) Cod. V. 52. de dividenda tutela; V. 40. si ex pluribus tutoribus vel curator. omnes vel unus agere . . vel conveniri possunt. cf. Dig. XXVI. 7; Cod. V. 36. 38. 44. 55. 59. — 8) Vgl. Bekker in s. Jahrb. IV. S. 404. und die Literatur bei Arndts §. 230. Man s. auch o. §. 183. nr. XI. — 9) L. 5. §. 9. l. 47. §. 6. l. 58. pr. de ad min. tut. XXVI. 7. l. 3. §. 2. l. 5. pr. l. 7. §. 3. eod; l. 49. l. 58. §. 1. et 3. l. 12. §. 4. l. 13. §. 1. l. 7. §. 11. eod.; l. 12. §. 3. l. 13. §. 2. eod.; l. 1. §. 5. de tut. et rat. distr. XXVII. 3. — 10) Nov. 72. c. 6—8.; Auth. Novissime ius Cod. tit. de admin. et peric. tut.

urbana für nichtig, falls sie nicht vorher durch obrigkeitliches decretum erlaubt worden sei. Constantin dehnte (in einer in drei getrennten Stücken auf uns gekommenen Verordnung) diese Bestimmung auf alle Sachen des Mündels aus, mit Ausnahme von Sachen, die sonst verderben würden, sowie von Luxussachen, überflüssigen Thieren und abgetragenen Kleidern. Justinian erlaubte wieder die Veräusserung von Früchten ohne obrigkeitliches Decret, verlangte aber, dass auch zur Cession von Mündelsforderungen, sowie zum Ausleihen von Capitalien, und dass zur Empfangnahme der Rückzahlung von Mündelscapitalien oder über zwei Jahre rückständiger, über 100 aurei betragender Zinsen für den Mündel vorherige obrigkeitliche Genehmigung eingeholt werde, wenn der Schuldner ipso iure liberirt werden soll[11]).

Die obrigkeitliche Erlaubniss soll nur ertheilt werden, wenn durch vorgängige causae cognitio sich die Nothwendigkeit der Veräusserung herausstellte, es genügt nicht ein blosser Nutzen. Die ohne obrigkeitliche Genehmigung geschehene Veräusserung ist nichtig. Der Mündel kann sich wegen des erlittenen Nachtheils entweder an den Vormund halten, oder sonst auf den veräusserten Gegenstand mit allen den Rechtsmitteln klagen, die ihm auch wenn die Veräusserung gar nicht stattgefunden hätte, zustehen würden. Der Beklagte hat dann den Beweis des Erwerbs der Sache, also als Voraussetzung dafür auch das obrigkeitliche Decret, der Kläger dagegen, wenn er Mängel dieses Decrets behauptet, diese Mängel zu beweisen[12]).

Eine Ausnahme von dem Verbote der Veräusserung ohne Decret findet aber schon nach der Bestimmung von Sept. Severus statt[13]): 1. wenn die Veräusserung eine nothwendige ist, z. B. weil ein Miteigenthümer die actio communi dividundo anstellt, oder weil zum Zweck einer Prozesscaution eine Verpfändung nöthig ist, oder wegen gesetzlichen oder richterlichen Pfandrechts der Verkauf geschieht, oder weil schon bei dem Erblasser des Mündels die Verkaufsverbindlichkeit bestand; 2. wenn die Veräusserung durch letzt-

11) Dig. XXVII. 9. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis; Cod. V. 71. de praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis. V. 72. quando decreto opus non est. V. 73. si quis ignorans, rem minoris esse, sine decreto comparaverit. V. 74. si. maior factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit.

12) L. 13. §. 2. de Publ. act. VI. 2; l. 1. 2. D. de reb. eor.; l. 5. Cod. de praed. min. V. 71; l. 2. Cod. si quis ignorans V. 73. — 13) L. 13. Dig. de reb. eor. XXVII. 9; l. 10. 14. 16. Cod. de praed. minor. V. 71.; §. 2. Inst. quib. alien. lic. II. 8.

willige Anordnung des Erblassers, von dem die Sache herrührt, (einerlei ob dieses der Vater des Mündels oder ein extraneus war) genehmigt ist, wobei es auch nicht einmal auf die Gültigkeit des Testamentes, sondern nur auf die Sicherheit des letzten Willens ankommt; 3. wenn der Regent die Veräusserung erlaubt; oder 4. nach canonischem Rechte und deutchen Reichsgesetzen[14]) bei der Veräusserung durch einen Minderjährigen auch, wenn dieser die Veräusserung eidlich bekräftigt. 5. Auch hat der auf Rückgabe Beklagte eine Einrede, soweit der Kläger sich auf Kosten jenes bereichern will.

Ferner convalescirt die wegen mangelnden Decrets ungültige Veräusserung hinterher; 1. wenn sie der Mündel oder minor nach erlangter Volljährigkeit ratihabirt[15]); 2. durch Verjährung, und zwar, wenn die alienatio titulo oneroso geschah, nach Ablauf eines quiquennium continuum vom Tage der erlangten Grossjährigkeit an, aber bei der alienatio titulo lucrativo erst durch longi temporis praescriptio von der Grossjährigkeit an; 3. wenn der Vormund, in dem iudicium tutelae auf Ersatz belangt, dem Mündel die volle litis aestimatio leistete; 4. wenn der Mündel den Vormund beerbt oder umgekehrt.

IX. Nach römischem Rechte soll die Obervormundschaft den Vormund am Schlusse der Vormundschaft, nach der Reichspolizeiordnung vom Jahre 1577[16]) alljährlich zur Rechnungsablage anhalten.

X. Schon bei den Römern hatten in der Kaiserzeit, wie wir sahen, die höheren Magistrate eine obervormundschaftliche Aufsicht namentlich in Betreff des Vermögens des Mündels erhalten, die durch die deutschen Reichsgesetze noch erweitert worden ist, und welche jetzt den Gerichten erster Instanz zusteht.

Nach römischem Rechte bedurfte der testamentarisch bestellte Vormund, wenn er vom pater familias des Mündels in einem Testamente bestellt war (*† tutor testamentarius perfectus*) keiner Bestätigung durch die Obrigkeit und ebenso wie auch der von einem magistratus major bestellte Vormund keiner Cautionsleistung (rem pupilli salvam fore). Nur der letztwillig von der Mutter oder vom Concubinenvater angeordnete, oder vom pater familias nicht im Testamente, sondern nur in einem unbestätigten Codicill bestellte Vormund (*† tutor testamentarius imperfectus*) bedurfte schon nach römischem Rechte einer vorherigen Bestätigung (*† confirmatio ex iure Romano*). Nach deutschem Rechte bedarf jeder Vormund der vorherigen Bestätigung (*† confirmatio ex iure Germanico*), und darf

14) *Auth. Fridericiana: Sacramenta puberum* Cod. si advers. vend. II. 28. — 15) Cod. V. 74. cit. — 16) Tit. 32. §. 3.

er erst nach Einhändigung der gerichtlichen Bevollmächtigung († tutorium oder † curatorium) sein Amt antreten. Auch muss jetzt jeder Vormund (nach röm. Rechte bloss der gesetzliche, der testamentarius imperfectus, und der zugleich mit Mehreren testamento perfecte datus dann, wenn er vor den anderen testamentarischen Vormündern sich zum tutor gerens machen wollte) vor Antritt seines Amtes Caution leisten[17]). Die Obervormundschaft hat darüber zu wachen, dass dieses geschieht; ebenso darüber, dass der Vormund beeidigt wird (was schon Justinian von dem curator forderte)[18]), und dass derselbe ein Inventar aufnimmt, oder dass, wenn die öffentliche Inventarisation dem Mündel schaden könnte, wenigstens eine Privatspecification von dem Vormund über den Stand des Mündelvermögens vorgenommen wird. Fehlt es an einem testamentarischen oder gesetzlichen Vormund, so hat schon nach röm. Rechte die Obrigkeit einen tutor zu bestellen. Sie hat die Excusationsgründe der zur Vormundschaft Berufenen zu prüfen und den verdächtigen Vormund zu entfernen (tutoris suspecti remotio).

XI. Ueber die Erziehung[19]) des Mündels entscheidet zunächst der Wille des Vaters, eventuell der der Mutter oder sonst der Familienrath unter Vorsitz der Obervormundschaft. Weigert sich der vom Vater angeordnete Erzieher, die Erziehung zu übernehmen, so verliert er alle Vortheile, die ihm sonst aus der Erbschaft oder sonst als Aequivalent zugefallen wären. Ein Verwandter kann sogar zur Uebernahme der Vormundschaft extra ordinem gezwungen werden. Ist kein Vormund zu finden und der Pupill arm, so kommt er in ein Waisenhaus und wird dessen Vorsteher sein Vormund[20]).

§. 242. Die Beendigung der tutela[1]).

Diese trat von jeher ein mit dem Wegfall des Grundes der tutela, mit dem Tode oder der magna cap. diminutio des Tutors

17) Gai. I. 199. 200; Inst. I. 24. de satisdatione tutorum vel curatorum; Cod. V. 42. de tutore vel curatore qui satis non dedit. — 18) L. 27. Cod. de episcop. aud. I. 4; l. 7. §. 5. 6. Cod. de cur. fur. V. 70; Nov. 72. c. 8.; Nov. 155. praef.

19) Dig. XXVII. 2. ubi pupillus educari vel morari debeat et de alimentis ei praestandis; Cod. V. 49. ubi pupilli educari debeant; V. 50. de alimentis pupillo praestandis.

20) L. 32. Cod. de episc. et cler. et orphanotrophis I. 3. Nov. 123. c. 23; Nov. 130. c. 15.

§. 242. 1) Gai. I. 194—196. cf. 158—163; Ulp. XI. 28. cf. 9—13; Inst. I. 22. quibus modis tutela finitur. cf. I. 16. de cap. min.; Cod. V. 66.

oder Mündels, durch arrogatio (oder in manum conventio) des Mündels und durch erlaubte Niederlegung der tutela, bei der testamentarischen auch durch Eintritt eines etwa beigefügten dies ad quem oder einer Resolutivbedingung. Vor Justinian war dem *tutor testamentarius* auch eine abdicatio gestattet, und erlosch die *tutela legitima (agnati)*, sowie noch jetzt die auf blosser Adoptionsverwandtschaft beruhende tutela legitima auch durch cap. dim. minima des Tutors oder Mündels; die Geschlechtstutel konnte, so lange sie bestand, auch durch *in iure cessio* oder *tutelae evitandae causa facta coëmtio* für den legitimus tutor erlöschen. Noch jetzt aber erlischt die Tutel durch Eintritt einer excusatio necessaria und in 4 Fällen auch durch nachherige excus. voluntaria[2]), endlich schon nach den XII Tafeln jede Tutel durch *tutoris suspecti remotio*, d. h. wenn der Vormund als ungetreu entfernt wird, weil er aus dolus oder culpa lataseine Pflichten nicht erfüllte, oder genügende Gründe zu der Annahme vorliegen, dass er sie hintansetzen werde. So z. B. wenn er die Alimentation verweigerte, kein Inventar errichtete, oder Capitalien des Mündels müssig liegen liess, oder die Verwaltung nicht übernahm. Es kann da jeder aus dem Volke, sogar die Mutter, eine *accusatio* auf Entfernung des tutor anstellen. Treten mehrere Ankläger auf, so wählt der Magistrat wie bei anderen Criminalanklagen, den ihm zur nachhaltigsten Durchführung der Anklage am tauglichsten Scheinenden aus, namentlich den näheren Verwandten. Verpflichtet zur accusutio tutoris suspecti sind die Contutoren. Es kann auch der Magistrat proprio motu eine Untersuchung gegen den Vormund auf blosse Denunciation hin, ohne dass eine förmliche Accusation angestellt wäre, vornehmen. Der impubes kann die Anklage nicht gegen seinen tutor erheben, wohl aber der minor gegen seinen curator. Die Anklage geht aber immer nur gegen den noch im Amte befindlichen tutor und nicht auch gegen die Erben desselben, selbst wenn der Vormund während des Prozesses stirbt. Hatte der tutor dolose gehandelt, so wird er durch die Verurtheilung sogar infam; nur wenn ein naher Verwandter des Mündels der Vormund ist, soll dessen dolus in dem Urtheil nicht erwähnt werden, um nicht eine Gehässigkeit in die Seele des Mündels hineinzutragen; es soll dann in der Regel dem Verwandten auch die Vormundschaft gelassen werden, jedoch soll er sich nicht mehr in die Verwaltung

quando tutores vel curatores esse desinant. — De suspectis tutoribus vel curatoribus. Inst. I. 26; Dig. XXVI. 10.; Cod. V. 43; Nov. Theodos. tit. 11; Nov. Iustiniani 17.

2) Vgl. §. 240. S. 627 f.

einmischen dürfen, sondern es soll ihm dafür ein curator zur Seite gesetzt werden.

§. 243. Die Klagen aus der tutela [1]).

I. Schon die XII Tafeln [2]) gewährten die *actio rationibus distrahendis* in duplum nach Beendigung der Vormundschaft von Seiten des Mündels gegen den Vormund wegen Unterschlagungen oder falscher Rechnungen. Diese infamirende Klage, welche nicht gegen die Erben des Vormunds angestellt werden kann, concurrirt cumulativ mit der *actio furti*, electiv mit der *condictio furtiva*, und alternativ mit der *actio tutelae directa* [3]).

II. 1. Die famosa *tutelae actio directa* stellt der Mündel nach beendigter Vormundschaft (quasi ex contractu) [4]) gegen den Vormund auf Rechnungsablage, Herausgabe des Mündelsvermögens und Schadenersatz an. Der Vormund hat wegen etwaiger Auslagen und auf Abnahme der für den Mündel übernommenen Verbindlichkeiten ein Retentionsrecht und die *actio tutelae contraria*. Zur Geltendmachung einer etwaigen Honorarforderung hatte der Vormund ein Retentionsrecht und eine extraordinaria cognitio.

2. In derselben Weise wie zwischen dem gewesenen tutor und Mündel ist zwischen Curator und Curandus (jedoch auch schon während der cura) eine *actio utilis directa* und *contraria* begründet [5]), d. h. wohl eine *actio tutelae utilis* und nicht negotiorum gestorum utilis, da sie mit der ersteren die grössere Aehnlichkeit hat [6]).

3. Mehrere Vormünder haften in solidum, nur muss den angegriffenen Vormund eine culpa treffen. Jedoch hat der von der Verwaltung ganz ausgeschiedene Vormund, d. h. der tutor honorarius, sowie derjenige, welcher hätte gerens sein sollen, sich aber um die Verwaltung nicht gekümmert hat (*tutor cessans*), wenn er zuerst angegriffen wird, nach justinian. Rechte das † beneficium

§. 243. 1) Dig. XXVII. 3. de tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione; Greg. Cod. VI. 1. eod.; Cod. V. 51. Arbitrium tutelae. — Dig. XXVII. 4. Cod. V. 52. de contraria tutelae et utili actione; Cod. V. 58. de contrario iudicio tutelae. — Dig. XXVII. de fideiussoribus et nominatoribus et heredibus tutorum et curatorum; Cod. V. 54. de heredibus tutorum et curatorum; Cod. V. 57. de fideiussoribus tutorum vel curatorum; Cod. V. 46. si mater indemnitatem promisit. — Dig. XXVII. 8. Cod. V. 75. de magistratibus conveniendis. — Ueber die Klagen gegen den protutor siehe die Quellentitel zu nr. III. dieses Parapraphen.

2) Cic. de offic. III. 15. pr. §. 6. — 3) L. 1. §. 21. 22. h. t. XXVII. 3. — 4) S. o. §. 207. S. 507. — 5) S. o. §. 207. S. 508. — 6) In den Quellen findet sich darüber keine Auskunft. Praktisch ist diese Unterscheidung desshalb wichtig, weil die actio tutelae im Concurs privilegirt ist.

excussionis, d. h. das Recht zu verlangen, dass der tutor gerens, wenn dieser zahlungsfähig ist, vor ihm ausgeklagt werde. Ferner besteht auch unter mehreren solventen tutores gerentes, sowie unter mehreren solventen tutores honorarii die Rechtswohlthat der Theilung. Endlich haben dieselben auch das † beneficium cedendarum actionum, d. h. der angegriffene Vormund braucht nicht eher das Ganze zu zahlen, als bis ihm der Mündel durch Cession der Klagen den Regress gegen den Mitvormünder möglich gemacht hat; jedoch der wegen dolus oder contumacia belangte Vormund hat dieses Recht nicht. Hat ein Vormund versäumt, das ihm zustehende beneficium cessionis actionum zu gebrauchen, so kann er nach neuerem röm. Rechte doch mit einer utilis actio noch den Regress nehmen [7]). Auch diese actio utilis ist nicht eine negotiorum gestorum utilis, sondern eine tutelae utilis, indem die Cession als geschehen fingirt wird [8]).

4. Zunächst wendet sich [9]) der gewesene Mündel resp. Pflegling a) gegen den *tutor gerens* oder dessen *pater familias*, soweit gegen den letzeren eine actio de peculio geht oder wenn derselbe in die Uebernahme der Vormundschaft einwilligte (tutelam agnovit) und dann gegen ihn analog eine actio quod iussu zulässig ist. An Stelle des Vormunds als des Beklagten können auch seine Erben in dreifacher Weise treten: α) wenn der Vormund stirbt, nachdem schon lis contestirt ist, wo dann der Prozess gegen die Erben so fortläuft, wie wenn der Erblasser noch lebte; β) wenn die Klage wegen rechtswidriger Handlungen des Vormunds erst gegen seine Erben angestellt wird, wo die Erben bloss wegen dolus und culpa lata des Erblassers haften und auch ihnen gegenüber kein iuramentum in litem wegen unterlassener Inventarisation zulässig ist; γ) wenn die Erben von dem früheren Mündel wegen ihrer eigenen Handlungen angegriffen werden, indem sie die beim Tode des Vormunds von diesem begonnenen Geschäfte im Geiste desselben beendigen sollen und dabei für dolus und culpa lata haften.

Sodann haften eventuell b) die fideiussores, affirmatores, nominatores, postulatores des tutor gerens. Alle diese Arten von Bürgen haben aber das beneficium cedendarum actionum, nach justinian.

7) L. 1. §. 13. 18. de tutelae et rat. XXVII. 3; l. 2. Cod. de contr. iud. tut. V. 58. — 8) Vgl. den Schlusssatz der vorletzten Note.

9) L. 1. §§. 1 sqq. l. 20. i. f. l. 21. Dig. de tut. et rat. XXVII. 3; l. l. 25. 38. 39. §. 5. l. 46. §. 6. l. 55. §. 2. 3. D. de adm. tut. XXVI. 7; l. 76. de solut. XLVI. 3; l. 6. Cod. arb. de tut. V. 51; l. 1—3. Cod. de div. tut. V. 52; l. 2. Cod. de her. tut. V. 54; l. 2. Cod. si tut. vel. cur. V. 55; l. 1. 2. Cod. de contr. iud. tut. V. 58; l. 12. rem pup. XLVI. 6.

Rechte[10]) auch das beneficium ordinis, nicht aber auch die Rechtswohlthat der Theilung, ausser wenn sie sich bloss † pro rata verbindlich gemacht haben, oder soweit sie aus der Person des Tutors für den sie bürgen, die exceptio divisionis gegen die Contutoren entnehmen können.

c) Das ganze Vermögen des tutor ist aber auch dem Mündel wegen der vormundschaftlichen Verwaltung verpfändet, und desswegen kann an dritter Stelle auch gegen dritte Pfandbesitzer mit der *actio hypothecaria* geklagt werden.

d) Hierauf geht viertens die actio tutelae gegen den *tutor cessans*, welcher als tutor gerens zu dem Geschäfte hätte mitwirken sollen, dieses aber dem andern tutor gerens, der den Schaden herbeiführte, überliess.

e) An fünfter Stelle geht die Klage gegen die *tutores honorarii* und *notitiae causa dati*, in soweit diesen eine culpa in inspiciendo vel instruendo zur Last fällt[11]).

f) An letzter Stelle geht nach einem S. C. unter Trajan in subsidium die actio tutelae utilis gegen den Magistrat, soweit diesen erweislich eine culpa trifft, bei den Römern gegen den betreffenden magistratus minor, der dem magistratus maior die Anträge in Betreff der Vormundschaftsbestellung gemacht hatte, nach der Reichspolizeiordnung von 1577[12]) aber gegen das Gericht, welches dann seinen Regress gegen den schuldigen Beamten nimmt. Wegen dolus oder culpa lata des Magistrates geht die Klage auch gegen die Erben des Magistrats.

In zwei Fällen können aber die contutores verlangen, dass der Magistrat vor ihnen ausgeklagt werde: α) wenn der administrirende Vormund vom Magistrate bestellt ist, und die übrigen tutores gesetzliche oder testamentarische waren; β) wenn der eine Vormund keine Caution geleistet hatte, und dieses den andern Vormündern unbekannt geblieben war.

III. 1. Wenn Jemand, ohne Vormund zu sein[13]), Geschäfte für einen Mündel führte *(protutor)*, so hat der Pupill sobald er die blosse Scheintutel als solche erkennt auf Rechnungsablage und Herausgabe des für ihn etwa Empfangenen und Schadenersatz die *actio protutelae directa*, und der protutor hat auf Ersatz von Auslagen und auf Abnahme der für den Mündel übernommenen Verbindlichkeiten ein Retentionsrecht und die *actio protutelae contraria*. Der

10) Seit. Nov. 4. c. 1. c. 3. — 11) Vgl. o. nr. 3. — 12) R. P. O. v. 1577 Tit. 32. §. 2. 3. — 13) Dig. XXVII. 5. Cod. V. 45. de eo, qui pro tutore prove curatore negotia gessit. XXVII. 6. quod falso tutore auctore gestum esse dicatur.

protutor haftet wie ein wirklicher tutor für diligentia quam in suis rebus; jedoch wenn er sich wissentlich und ohne Noth zur Geschäftsführung herandrängte, haftet er wie ein wirklicher Vormund, der tutelam captavit, für omnis culpa. Im Verhältniss zu Dritten tritt aber der Unterschied zwischen dem wirklichen tutor und dem protutor hervor. Eine Veräusserung durch den protntor ist ungültig und eine Zahlung an den protutor liberirt den Schuldner nicht ipso iure, sondern nur ope exceptionis, soweit die Zahlung nachweislich dem Mündel zu Gute kam.

2. Wenn ein Nichtutor die auctoritas interponirt (*falsus tutor*), so ist es immer so, wie wenn das Geschäft von dem Pupillen sine tutore abgeschlossen wäre, und der Dritte, welcher dadurch beschädigt ist, kann sich propter errorem in integrum restituiren lassen, wenn er den falsus tutor für einen wirklichen Vormund hielt, und er hat gegen den falsus tutor auf Schadenersatz eine actio in factum, oder im Falle des dolus des falsus tutor auch die Rechtsmittel propter dolum.

§. 244. Die tutela mulierum insbesondere[1]).

I. Die schon im ältesten Rom vorkommende Tutel über mündige Frauen sui iuris hatte ihren Grund nicht in der fragilitas sexus der Weiber, die man dafür nur zum Vorwand nahm[2]), sondern vielmehr nur in dem Vortheil der nächsten männlichen Agnaten als legitimi tutores und deren Intestat-Erbanwartschaft. Die Bestellung dieser Vormundschaft geschah im Ganzen in derselben Weise wie für Unmündige[3]), nämlich 1. durch Testament des Inhabers der patria potestas oder der manus (d. i. des Mannes oder Schwiegervaters)[3a]). 2. In Ermanglung einer testamentarischen Vormundschaft trat a) die *legitima tutela* des proximus agnatus und nächst diesem wohl im älteren Rechte die der Gentilen[4]) oder des Patrons und seiner agnatischen Söhne oder des parens manumissor ein, — oder b) die *fiduciaria tutela* des extraneus manumissor oder der agnatischen Söhne des parens manumissor[5]). 3. Nach der *lex Atilia*[6]) sollten auch die mündigen Weiber sui iuris in Rom, wenn sie sonst keinen tutor hatten, vom Magistrate einen tutor dativus oder Atilianus erhalten. Auch konnte dem Weibe vom Magistrate ein tutor für einzelne bestimmte Rechtsgeschäfte gegeben werden, z. B. nach der lex Iulia de maritandis ordinibus ein tutor ad dotem

§. 244. 1) Joh. Winkler, Die Geschlechtsvormundschaft in ihrer geschichtlichen Entwickelung. Luzern 1868.; Savigny, Beitrag zur Geschichte der Geschlechtstutel. In s. verm. Schr. I. S. 262—291. — 2) Gai. I. 190. 192. — 3) Vgl. o. §. 240. S. 621. — 3a) Gai. I. 145 sqq. — 4) Vgl. o. §. 42. S. 89; Gai. I. 155—75. — 5) S. o. §. 240. S. 623; Gai. I. 115. 166. 195. — 6) Vgl. o. §. 240. nr. III. S. 624; Gai. I. 185—87. 195.

constituendam, wenn der tutor legitimus unmündig war, oder nach einem S. C. zu demselben Zwecke, wenn der tutor legitimus mutus oder furiosus war, indem der tutor legitimus nicht von der Tutel entfernt werden konnte[7]). Im Falle der Abwesenheit des Tutors erlaubte jedoch ein SCtum einen anderen zu erbitten und damit jenen ein für allemal zu beseitigen, es sei denn, dass der Patron oder Quasipatron der tutor war, an dessen Statt auch aus einem solchen Grunde nur für das einzelne Vorkommniss, z. B. ad hereditatem adeundam, ein anderer tutor erbeten werden konnte[8]). 4. Der *tutor legitimus* konnte auch die Ausübung seiner tutela über die Frau einem Anderen in iure cediren. Diese *tutela cessicia* erlosch durch Tod oder capitis diminutio des Cedens, und wenn der Cessionar sie weiter cedirte, oder starb, oder eine cap. diminutio erlitt, so fiel sie an den tutor legitimus zurück[9]).

II. Während bei der tutela impuberum der Gedanke zu Grunde lag, dass die impuberes handlungsunfähig seien und daher zuerst einer Stellvertretung, in der späteren Zeit der impubertas einer Ergänzung bedürften, so ging man dagegen bei der tutela über die mündigen feminae sui iuris von dem Gedanken aus, dass dieselben handlungsfähig seien, aber nicht volles Vertrauen verdienten und daher einer Beaufsichtigung bedürften. Die Frau verwaltete ihr Vermögen selbst, und es kam daher eine gestio tutoris, und demgemäss eine Rechnungsablage desselben, eine actio tutelae u. dgl. hier gar nicht vor. Auch bedurfte die Frau nur zu gewissen negotia civilia der auctoritas ihres Tutors[10]). So zur legis actio (in streitiger oder freiwilliger Gerichtsbarkeit), zu einem legitimum iudicium, zu einer in iure cessio, welche die Frau vornahm oder die an sie geschah, zur Veräusserung von res mancipi, zur Uebernahme einer obligatio, zur acceptilatio, manumissio, si libertae suae permittit in contubernio alieni servi morari, zur Antretung einer Erbschaft, Errichtung eines Testamentes, in manum conventio, Bestellung einer dos[11]).

III. Es kam allmählich dahin, dass man nur den tutores legitimi noch das Recht zugestand, ihre auctoritas frei zu gewähren oder zu versagen, während dagegen die auctoritas der sonstigen tutores auf Verlangen der Frau vom Magistrat supplirt wurde, ja dieses Recht der Frau *ex magna et iusta causa* sogar gegen ihren

7) Gai. I. 176—180; Ulp. XI. 21 sq. — 8) Gai. I. 173—84.; Ulp. XI. 20—24. — 9) Ulp. XI. 6—8. XIX. 11; Gai. 168—171. — 10) Ulp. XI. 25. 27; Gai. I. 190 sq.

11) Gai. I. 176. 178. 180. 184. 192. 195. II. 47. 80 sq. 85. III. 91. 108. 171; Ulp. I. 17. XI. 20—22. 24. 27.; Dosith. 17; Vat. fragm. I. 45. 259; Cic. pro Caec. 25. pro Flacc. 34. Top. 11.

tutor legitimus zugestanden wurde, namentlich wenn dieser sie ohne guten Grund an einer Heirath hindern wollte[12]). Ferner gestattete man der Frau, wie wir bereits früher[13]) darstellten, sich durch coëmtio der Tutel ihres tutor legitimus zu entziehen und sich statt dessen einen tutor fiduciarius zu verschaffen. Ebenso konnte auch die tutela legitima durch eine tutela fiduciaria ausgeschlossen werden, indem der Vater seine Tochter einem Dritten mancipirte, mit dem beigefügten pactum fiduciae, dass derselbe sie ihm sogleich remancipire, wodurch die Tochter in das mancipium ihres Vaters gelangte, woraus dieser sie darauf vindicta manumittirte und dadurch zwar selbst noch tutor legitimus wurde, aber bewirkte, dass nach seinem Tode seine Söhne blosse tutores fiduciarii wurden. Endlich konnte eine tut. fiduciaria auch dadurch begründet werden, dass der Vater die Tochter einem Dritten mancipirte, damit dieser sie sogleich aus dem mancipium freilasse und dadurch tutor fiduciarius derselben werde.

Auch konnte schon während der Republik der Mann oder der Schwiegervater der in seiner manus stehenden Frau oder Schwiegertochter im Testamente das Recht gewähren, sich selbst einen tutor zu wählen[14]), entweder zu allen Geschäften *(tutoris optio plena)*, oder nur zu gewissen Geschäften *(tutoris optio angusta)*.

In den Provinzen kam die Weibertutel niemals vor. Und die Vestalinnen waren schon nach den XII Tafeln, und seit der *lex Iulia et Papia Poppaea* war auch die Frau, welche das ius liberorum hatte (die Römerin mit 3, die Freigelassene und sonstige Italienerin mit 4 Kindern), von der Geschlechtstutel ganz frei[15]). Auch konnten die Weiber res nec mancipi sine tutore veräussern, und seit ein bloss prätorisches Testament seit Marc Aurel Geltung hatte, konnten sie auch ein solches ohne tutor errichten. Ein Volks-Gesetz unter Claudius hob die Weibertutel, ausser für freigelassene und emancipirte Frauen, auf[16]), und auch für diese verlor allmählich diese tutela alle Bedeutung und hörte sie zuletzt ganz auf. Schon im Codex Theodosianus kommt sie nicht mehr als geltendes Recht vor. Die letzte sichere Spur derselben findet sich in einer Constitution von Diocletian und Constantius vom Jahr 293 n. Chr.[17]).

Nach deutschem Rechte wurden die Weiber als Wehr- und Hilflose überhaupt wieder unter Vormundschaft († mundium) gestellt. Die Vormundschaft über die Ehefrau erhielt der Ehemann, die über das unverheirathete Frauenzimmer stand ursprünglich dem nächsten Schwertmagen (dem Vater oder nach dessen Tode dem nächsten agnatischen Verwandten) der Frau zu, nach

12) Gai. I. 190. 192. II. 122; Cic. pro Mur. 22. — 13) S. o. §. 224. S. 568 f. — 14) Gai. I. 150—54. — 15) Gai. I. 145. 194; Ulp. XXIV. 3. — 16) Gai. I. 157. 171; Ulp. XI. 8; l. 3. Cod. de legit. tut. V. 30. — 17) Vat. fragm. 325—327.

späterem Rechte darf sich das unverheirathete Frauenzimmer seinen Vormund wählen, aber derselbe muss von der Obrigkeit bestätigt werden. Das Frauenzimmer kann jedoch den Vormund jederzeit wechseln, und auch dieser kann jederzeit kündigen. Weil so der Zweck dieser ganzen Vormundschaft dadurch, dass sich die Frau einen ihr willfährigen Vormund auswählt, leicht umgangen werden kann, — ist das ganze Institut in vielen Particularrechten ganz aufgehoben[18]). Der Beistand, welchen der Vormund der Frau nach deutschem Rechte gewähren soll, besteht in der Mitwirkung bei gerichtlichen Handlungen und bei Veräusserungsgeschäften unter Lebenden, nach einigen Particularrechten, namentlich dem von Lübeck und Hamburg auch bei letztwilligen Verfügungen. Die ohne die nöthige Mitwirkung des Vormunds von der Frau vorgenommenen Geschäfte sind nichtig. Ihr Vermögen verwaltet die Frau aber selbst. Bei dem ehemännlichen mundium erhält der Mann nach manchen Particularrechten eine nutzbare Gewere (einen sog. ususfructus † maritalis) am Vermögen der Frau[19]).

§. 245. Von der cura oder curatio[1]).

I. Die *cura furiosi* führten schon die XII Tafeln im Interesse der Intestaterben ein, ebenso die *cura prodigi*, welche sich aber im alten Rechte nur auf den Fall der Verschwendung der väterlichen Erbgüter (bona paterna oder avita) bezog, durch die Praxis im neueren Rechte aber dahin ausgedehnt wurde, dass bei jeder Art von Vermögensverschwendung von den Interessenten eine Prodigalitätserklärung erbeten werden konnte. Im ältesten Rechte wurden beide Arten von cura dem nächsten Agnaten oder den Gentilen deferirt, nur sollte nicht der Sohn curator seines prodigus pater sein. Seit der Kaiserzeit geschah die Bestellung des curator furiosi und prodigi stets vom Magistrate, und nur eine vom Vater bestellte cura testamentaria imperfecta kann auch, und zwar für furiosi schon nach einer Constitution von Marc. Antoninus vorkommen. In Bezug auf den prodigus räumte man dem iudicium patris einen so weiten Spielraum ein, dass nicht bloss der vom Vater ernannte curator bestätigt werden sollte, sondern wenn der Vater im Testamente erklärte, sein Sohn sei ein prodigus, und er wolle diesen bestimmten Curator für ihn, so soll der Obervormund schon darauf hin, wenn auch sonst noch keine Prodigalitätserklärung ausgesprochen war, die Prodigalitätserklärung aussprechen und den präsentirten curator bestätigen[2]). Die Mutter kann dagegen selbst für den Wahnsinnigen nur einen curator erbitten.

18) Vgl. die Nachweisungen über den jetzigen Stand der Gesetzgebung und Praxis bei Kraut, Grundriss des deutschen Privatr. II. §. 69—72.

19) Vgl. o. §. 225. a. E. S. 574.

§. 245. 1) Gai. I. 197—209; Ulp. XII.; Inst. I. 23. de curatoribus; Dig. XXVI. 5—27. cf. l. 10. Cod. V. 31 sqq.; Danz, Röm. Rg. Bd. 1. §. 117 f. und die dort. Citt.; Bruns a. a. O. §. 84. — 2) L. 16. de cur. fur. XXVII. 10.

Während *dilucida intervalla* kann der Wahnsinnige selbst handeln, im Uebrigen muss der curator für ihn handeln. Der prodigus ist nur insofern beschränkt, als er sich überhaupt sine consensu curatoris nicht wirksam verpflichten, wohl aber ohne denselben Rechte erwerben kann. Die Prodigalität und cura prodigi endigt wie sie entstanden ist, durch richterliches Decret. Dagegen hört die cura furiosi von selbst auf, sobald der furiosus *sanae mentis* wird; aber bei einem Rückfall beginnt die cura furiosi von selbst wieder.

II. 1. Die *lex Plaetoria* aus dem Anfang oder der Mitte des 6. Jahrhunderts d. St. (Plautus 570 d. St. erwähnt dieselbe als etwas Neues) bestimmte[3]), wenn ein minor in einem Geschäfte übervortheilt werde, solle er eine *exceptio legis Plaetoriae* dagegen haben, und ausserdem sollten wegen betrügerischer Uebervortheilung (circumscriptio), die gegen einen minor verübt sei, Infamie und Geldstrafen in einem judicium publicum verhängt werden.

In dieser Bestimmung der lex Plaetoria liegt zugleich der Keim der in integrum restitutio propter minorem aetatem[4]). Die lex Plaetoria bestimmte ferner, derjenige, welcher mit einem leichtsinnigen oder unerfahrenen minor ein Geschäft abschliessen wolle, *solle*, und der minor selbst *dürfe* sich, um eine sonst für ihn zu befürchtende Creditlosigkeit oder andere Gefahr abzuwenden, einen curator erbitten, damit dieser für den minor das Geschäft abschlösse oder demselben beim Abschlusse des Geschäfts zur Seite stehe; der Magistrat solle dann nach einer causae cognitio, ob Gründe zur Bestellung eines curators vorlägen, den curator ernennen. Durch eine Constitution von Marcus[5]) wurde bestimmt, es solle jeder minor auf seine Bitten einen curator erhalten, ohne dass erst eine causae cognitio nöthig sei[6]). Allmählich wurde es nun gewöhnlich, dass die minores einen bestimmten curator hatten, um nicht in jedem einzelnen Falle einen solchen erbitten zu müssen, wo schon nach klassischem röm. R. ein solcher, für den minor nöthig geworden war. Nach der Reichs-Polizei-Ordnung von 1548 und 1577[6a]) soll aber jeder minor, der nicht unter väterlicher Gewalt steht, einen curator haben.

2. Der minor musste übrigens schon nach class. röm. Rechte einen curator haben bei Ablage der Rechnungen von Seiten des

3) Tabul. Heracl. lin. 112; Plautus Pseud. act. I. sc. 3. v. 68, Rudens act. V. sc. 3. v. 24; Cic. de nat. deor. III. 20; Cic. de off. III. 15; Savigny, Ueber den Schutz der Minderjährigen nach röm. R. Berlin 1833. S. 19 ff.

4) S. o. §. 134. S. 280 f. — 5) Cf. Capitolinus in Marco c. 10. — 6) Daher die Regel: minoribus curatores non dantur invitis. §. 2. Inst. h. t. I. 23. — 6a) S. o. §. 239. Note 1.

Vormunds und zu Prozessführungen, zu Veräusserungen und zur Annahme von Zahlungen des Debitors, in welchen Fällen er ausserdem auch noch des Consenses der Obrigkeit bedarf[7]). Veräusserungen, die der minor allein vornimmt, sind jedoch nach canon. und deutschem Reichsgesetze gültig, wenn der minor eidlich die Veräusserung bekräftigt[8]). Obligationen und Geschäfte anderer Art kann der minor auch ohne Consens des Curators, und sogar mit diesem selbst, gültig eingehen. Uebrigens behält der minor heutzutage zufolge der Bestimmung der Reichs-Polizei-Ordnung seinen Vormund bis zur Volljährigkeit, und dieser führt die Vermögensverwaltung wie früher fort. Nur die Function der auctoritatis interpositio schränkt sich in eine blosse Consensertheilung ein, die aber auch nur in den drei letzten der oben genannten Fälle nöthig ist.

3. Die Bestellung eines Curators für den minor geschah nach röm. R. imperfecte durch Testament, oder durch die Obrigkeit. Nach der R. P. O. sind aber die Delationsgründe der cura minorum ganz dieselben wie bei der tutela. Es findet also jetzt auch eine cura † testamentaria perfecta und eine cura † legitima statt. Die Erlöschungsgründe der cura sind denen der tutela gleich.

III. Möglicher Weise kann auch ein impubes auf Veranlassung einer testamentarischen Bestimmung seines Vaters von vornherein statt des tutor vom Obervormund einen curator (dativus) erhalten, namentlich wenn der impubes vielleicht bald mündig wird. Jedoch wenn eine auctoritatis interpositio nöthig wird, muss noch ein tutor ernannt werden. Auch wenn einer von mehreren tutores wegfällt, tritt an dessen Stelle gewöhnlich ein curator (dativus). Auch bestellt der Magistrat dem Pupillen zu Verwaltungsgeschäften Curatoren, wenn die Vormünder in der Autorisation gehindert, oder zur selbstständigen Verwaltung ungeeignet oder zeitweilig excusirt sind[9]).

IV. Während der Republik entstanden eine Reihe von Vermögenscuratelen. Bei provisorischer Einweisung in eine Erbschaft (ventris nomine, ex Carboniano edicto, oder wenn die eingesetzten Erben noch über den Antritt deliberiren), oder zur Verwaltung des Vermögens eines Abwesenden und nach justin. R. auch bei Eröffnung eines Concurses, und in ähnlichen Fällen werden vom Magistrate Curatoren bestellt, denen eine blosse Verwaltung des Vermögens und Sorge, dass nichts verschlechtert werde, und die Befugniss des Verkaufs von Sachen, die sonst verderben würden, zuerkannt wird. Ihre etwaigen weiteren besonderen Vollmachten, z. B.

7) §. 2. Inst. cit.; l. 7. §. 2. de minor. IV. 4; c. 7. qui petant. V. 31. — 8) Vgl. o. §. 241. nr. VIII. S. 632. — 9) §. 5. Inst. h. t. I. 23.

zur Veräusserung, richten sich nach dem ihnen ertheilten mandatum[10]).

V. Endlich kommen auch schon bei den Römern vom Magistrate angeordnete oder auch von den betreffenden Personen selbst angenommene *curatores personarum debilium* vor, d. h. Geschäftsführer für kranke und gebrechliche, blinde, sehr alte u. dgl. Personen, wenn ihnen ein Familienschutz fehlt. Auch diese müssen sich nach dem Mandate richten, welches ihnen der Magistrat oder die Person, deren curator sie sind, zuerkennt[11]). Es kann die persona debilis auch ohne ihren curator Rechtsgeschäfte aller Art, auch Veräusserungen vornehmen. Auch sind bei dieser cura die Sätze von der Fähigkeit und von der Verbindlichkeit zur Uebernahme einer solchen cura und von den Excusationen nicht anwendbar. Es kann auch eine Frau zum Beistande einer persona debilis bestellt werden.

10) L. 22. §. 1. de reb. auct. iud. possid. XLII. 5; Dig. XLII. 7. de curatore bonis dando; cf. Dig. XXXVII. 9. 10; l. 1. §. 4. de mun. et honor. l. 4; l. 48. de adm. tut. XXVI. 7.

11) Ulp. XV. 2. 3; Pompon. l. 13. de tutel. XXVI. 1.. „magis administrator rerum, quam curator esse intelligitur.“

Fünftes Buch.

Das Erbrecht[1]).

§. 246. Historische Uebersicht.

I. 1. Im alten Rom scheint es nur ein Erbrecht der *sui heredes* gegeben zu haben, d. h. der Kinder, die beim Tode des Vaters

1) Gai. II. 97—III. 76.; Ulp. XIII.—XVIII. XX—XXIX.; Paul. S. R. I. 13b. 18. III—IV. 10; Modestini fragm. ex lib. 3. Regular. (apud. Boecking Ulp. fragm. ed. IV. p. 179. apud Huschke Iur. Antei. p. 546.); Fragm. de iure fisci; Greg. Cod. II. 4—III. 1.—4; Hermog. Cod. titt. XI. XII.; Th. Cod. II. 19—22. 24. IV. 1—4. 6. 21. V. 1—4. X. 8 sqq.; Nov. Theod. lib. I. tit. 16; Nov. Valentiniani II. 21; Marciani III. 2; Maioriani IV. 5; Anthemii VI. 3; Collat. tit. 16; Cons. 6; Inst. II. 10—III. 11. (12.); Dig. V. X. 2. XXVIII—XXXVIII.; Iust. Cod. III. 28—31. IV. 16 sq. 39. VI. Nov. Iustiniani 1. 5. 12. 18. 22. 39. 48. 53. 74. 76. 84. 87. 89. 92. 97. 101. 107. 115. 117. 118. 119. 123. 127. 131. 158. 159. 164. — Decr. Grat. part. II. causa 12; Greg. Decretall. III. 25—27; in VIto. III. 11; Clem. III. 6. — Eine ausführliche Darstellung des gesammten röm. und heut. gem. Erbrechts enthält Vering, Röm. Erbrecht in histor. und dogmat. Entwickelung. Heidelberg 1861. Seitdem erschienen: Tewes, System des Erbrechts nach heutigem röm. Rechte, 2. Abth. Leipzig 1863. 64; Köppen, System des heutigen röm. Erbrechts, 1. u. 2. Lief. Jena 1862. 64; Schirmer, Handbuch des röm. Erbrechts. 1. Theil. Leipzig 1863; Lassalle, Das System der erworbenen Rechte. 2 Bde. Leipzig 1861. (Bd. 2 enthält eine historisch-philos. Entwickelung des röm. und germanischen Erbrechts, worin man die treffendsten und scharfsinnigsten jurist. Bemerkungen, daneben aber auch die unzutreffenden und unsinnigsten Phantastereien findet). — Manche werthvolle historische Ausführungen über das röm. Erbrecht enthält auch Danz, Lehrb. der Gesch. des röm. R. Bd. 2. §. 159—186. S. 86—180 der 2. Aufl., und in histor. und dogm. Hinsicht (abgesehen von den hier nicht überhaupt nochmals zu erwähnenden Pandektenlehrbüchern) insbes. Vangerow Bd. 2.; Arndts, Ges. civ. Schrift. Bd. 2.; Matthiä, Controvers. Lex. Bd. 2. (1859), und die bei den einschlägigen Materien zu erwähnende Erläuterung der Pandekten von Glück nebst Forts. Man s. auch Bruns in Holtzendorff's Encycl. Bd. 1. Abth. III. 1. §. 86—100. — Für das germanische Erbrecht verweisen wir auf Sydow, Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels. Berlin 1828; Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte. 3. Thle. Lübeck 1837—41; Trummer, Das hamburg. Erbrecht. 2 Bde. Hamburg 1852; Siegel, Das Erbrecht nach den Rechtsquellen des Mittelalters. Heidelberg 1853; Vocke, Gemeines ehel. Güter- und Erbrecht. 2 Bde. Nördlingen 1873. Man s. auch die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Beseler §. 149 ff.; Gerber §. 248 ff.; Walter, §. 396 ff., sowie Vering, Erbrecht S. 817—56. — Bearbeitungen des particulären Erbrechts auf Grundlage des gem. Rechts. enthalten die

in dessen unmittelbarer potestas standen. Diese setzten nach dem Tode des Gewalthabers das quasi tacitum condominium, welches sie schon bei Lebzeiten des Vaters an dem ganzen, theilweise oft von ihnen erst miterworbenen Vermögen hatten[2]), jetzt frei von der Herrschaft ihres seitherigen Familiengewalthabers und selbstständig, fort. Die sui heredes hatten bei Lebzeiten des Vaters ihre Privatrechtsfähigkeit nicht für sich gehabt, sondern für sie alle wurde diese durch den Vater, das Haupt der Familie, repräsentirt. Nach dem Tode des Vaters repräsentirten sie jetzt selbstständig die seither von ihrem Vater beherrschte Rechtspersönlichkeit, und theilten sie die derselben zustehenden Vermögensrechte und Verbindlichkeiten unter sich. Andere gesetzliche Erben als die sui heredes gab es in ältester Zeit nicht, und testamentarische Erben gab es in alter Zeit nicht anders, als in Folge einer in Curiat-Comitien zu diesem Zwecke geschehenen Arrogation, wodurch auch diese Testaments-Erben den sui gleich gestellt waren. So finden wir bei den Römern von den ältesten Zeiten an den Begriff der *hereditas* als der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers, der Vermögensfähigkeit desselben, und dieses ist die eigentlich juristische Bedeutung der hereditas[3]).

2. Das Gesetz der XII Tafeln entwickelte das Intestaterbrecht auf Grundlage der civilrechtlichen familia näher, so wie es wahrscheinlich schon vorher thatsächlich oder gewohnheitsrechtlich bestanden hatte, und führte auch zuerst eigentliche Testamente[4]) bei den Römern ein.

3. Der prätor brachte gegen Ende der Republik auch den Begriff der familia nach ius gentium in der römischen Auffassung zur Geltung, und begründete so nach und nach adiuvandi, supplendi, und emendandi oder corrigendi iuris civilis gratia ein eigenes Erbsystem in der *bonorum possessio*, welches nach ius gentium ebenfalls eine directe Nachfolge begründete und neben dem civilrechtlichen Systeme der hereditas bestand, jedoch fast ganz im neuesten

o. §. 33. nr. X. S. 77 erwähnten Werke, von denen Förster, Preuss. Privatr. Bd. IV. S. 1—16 eine in ihrer Kappheit meisterhafte vergleichende Darstellung der Fundamentalgrundsätze des römischen und deutschen Erbrechts und ihres Widerstreites bei der Reception des röm. Rechts gibt; ferner Koch, Das preuss. Erbrecht. Berlin 1866; Gruchot, Preuss. Erbrecht. 3 Bde. Berlin 1865—67; Zachariä, Handb. des franz. Civilrechts. Bd. 4. (6. Aufl. von Puchelt. Heidelberg 1875). — Einen dankenswerthen Versuch einer vergleichenden rechtsgeschichtlichen Darstellung des Erbrechts der grösseren civilisirten Völker machte (in Hegel'schen philosophischen Formen) Ed. Gans, Das Erbrecht in weltgesch. Entwickelung. Bd. 1—4. Stuttgart 1824. 25. 29. 35.

§. 246. 2) Vgl. Vering, Erbrecht S. 44 ff. — 3) S. u. §. 247. — 4) S. u. §. 254. nr. II.

röm. Recht und völlig im heutigen Rechte mit dem System der hereditas verschmolzen ist.

4. Ausser durch hereditas konnte man seit Einführung eigentlicher Testamente auch durch *legatum*, d. h. durch Belastungen der Erbschaft zu Gunsten eines Dritten (delibationes hereditatis) letztwillige Zuwendungen machen, welche im Gegensatze zur hereditas bloss indirecte und singulare Successionen nach Civilrecht begründeten.

5. Seit Augustus kamen aber auch andere Vermächtnisse: *fideicommissa*, d. h. indirecte letztwillige Singularsuccessionen nach ius gentium und zugleich die *codicilli*, d. h. letzte Willensordnungen ohne Einsetzung directer Erben zur rechtlichen Geltung.

6. Seit einem S. C. Trebellianum unter Nero konnten durch fideicommissa auch indirecte Universalsuccessionen begründet werden, so dass die Wirkungen des Uebergangs der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers auf die Erben von diesem mit actiones utiles auf den Universalfideicommissar übertragen wurden.

7. Justinian glich die *legata* und *fideicommissa* völlig mit einander aus, und so konnten nun durch Vermächtnisse überhaupt sowohl indirecte Singular-, wie indirecte Universalsuccessionen mit civilrechtlicher Wirkung begründet werden.

II. 1. Dem deutschen Rechte ist die Vermögenseinheit der Erbschaft, die Idee der Universalsuccession fremd; für einzelne Bestandtheile der Erbschaft entwickelten sich besondere Singularsuccessionen, nämlich: in die Liegenschaften succedirten nur Männer, später zwar auch Weiber und Spillmagen, d. h. durch Weiber Verwandte, jedoch so, dass sie um einen Grad hinter den Männern zurückgesetzt waren; in die Heergeräthe (d. h. die Waffen und das Bett des Mannes und die zu seinem Gebrauch dienenden Geräthschaften) succedirten die Schwertmagen, d. h. Männer, die dem Erblasser durch Männer verwandt waren; in die Gerade (d. h. die weiblichen Geräthe und Schmucksachen) die durch Weiber verwandten Weiber. Die eigentlichen Erben als solche bekamen nur die übrige Fahrniss, und hafteten für die Schulden nur bis zum Belaufe dessen, was sie bekamen und auch nur für die Schulden, für welche der Erblasser eine Wiedererstattung empfangen hatte, desshalb nicht für die Delicts- und Bürgschafts-Schulden desselben.

2. Ursprünglich beruhte das Erbfolgerecht bei den Deutschen bloss auf der Blutsfreundschaft, die eine eheliche und ebenbürtige sein musste: die Verwandten wurden nach Parentelen und Gradesnähe berufen (Linealsystem). Die Succession in Grundeigenthum war auch durch Waffenfähigkeit bedingt, weil auf dem Grundeigenthum die Wehrpflicht ruhte.

3. Testamente kamen in Deutschland erst durch den Einfluss des canon. und römischen Rechts in Aufnahme.

4. Erbverträge[5]) hatten sich, obschon auch sie ursprünglich als mit dem Rechte der Blutsfreunde unverträglich schienen, doch schon vor der Reception

5) S. u. §. 248. nr. I. 3.

des römischen Rechts in Deutschland entwickelt, und zwar zuerst als Uebertragung unter Lebenden (durch Auflassung)[6] mit Vorbehalt der Leibzucht für die Lebenszeit, sodann auch als Schenkung mit Vorbehalt des Eigenthums bis zum Tode des Schenkers.

5. Der Erbe erwirbt nach deutschem Rechte immer ipso iure, ohne erst eine Willensäusserung vorzunehmen, die Erbschaft, was die mittelalterlichen Rechtsbücher ausdrücken mit den Worten: „der Todte erbt den Lebendigen“ („† mortuus saisit vivum“), d. h. der Erbe erwirbt beim Tode des Erblassers ohne Weiteres die juristische Gewehre an den Liegenschaften desselben und an der Fahrniss als accessorium derselben[7].

6. Mit dem römischen Rechte wurde aber in Deutschland, wenngleich mit Milderungen[8]; die römische Universalsuccession, überhaupt das römische Erbrecht recipirt, jedoch blieben manche deutschrechtliche Bestimmungen und Entwickelungen in Kraft[9], z. B. die Erbverträge, die besondere dem Geiste des alten deutschen Erbrechts verwandte Erbfolgeordnung beim hohen Adel und einem Theile der Ritterschaft, die eigenthümliche im Interesse der Untheilbarkeit des Hofes aufgestellte Successionsordnung bei Bauerngütern, das deutschrechtliche Familienfideicommiss[10], die Treuhänder[11].

§. 247. Begriff und Wesen der hereditas[1].

I. 1. Die hereditas wird in den röm. Quellen oft ausdrücklich als Persönlickeit bezeichnet, als *domina*, *personae vicem*, und zwar als *defuncti personam sustinens*[2].

2. Es kommt allerdings auch die Bedeutung der hereditas im Sinne des gewöhnlichen Lebens vor als des Inbegriffes des Nachlasses, des nachgelassenen Vermögens, und zwar bisweilen auch bei den juristischen Klassikern[3].

3. Die dem römischen Recht eigenthümliche, aber aus dem römischen Begriffe der familia sich consequent ergebende und im ganzen röm. Erbrecht nach allen Seiten hin wirksame Idee, dass in der hereditas die Persönlichkeit des Erblassers fortlebe, diese Idee (die nicht eine blosse Fiction ist, weil sie nur das wirkliche nach allen Seiten hin practisch wirksame Princip bezeichnet) wurde übrigens von den römischen Juristen mehr unbewusst gefühlt und im

6) Vgl. o. S. 292 f. und unten §. 266. nr. IV. — 7) S. o. S. 293 pr. — 8) Vgl. u. §. 247. nr. VI. Note 22. §. 248. nr. II. Note 5. — 9) Vgl. auch u. §. 247 nr. I. 3. — 10) Vgl. u. §. 284. a. E. — 11) Vgl. u. §. 266. nr. IV.

§. 247. 1) Vgl. Vering, Erbrecht Cap. III. IV. S. 65—121, und desselben Recens. über Köppen, Die Erbschaft. Berlin 1856 in den Heidelberg. Jahrb. 1857. nr. 44 f. S. 674—691; vgl. auch o. §. 62. S. 138 ff.; Arndts, Ges. civ. Schr. Bd. 2. S. 1 ff.

2) Ulp. l. 33. §. 2.; l. 34. de acq. rer. dom. XLI. 1.; Flor. l. 22. de fidei. et mandat. XLVI. 1.; §. 2. Inst. de her. inst. II. 14.: „nondum enim adita hereditas porsonae vicem sustinet non heredis futuri, sed defuncti.“ Vgl. Vering, Erbrecht S. 19. 91 ff.; Ihering, Abhandl. aus dem röm. R. Leipzig 1844. nr. 3. und in s. Jahrbb. X. (1871) S. 406 ff.

3) Marcian. l. 45. de reliq. et sumt. XI. 7.; Cic. Top. 6.; Ulp. l. 2. pr. fam. herc. X. 2.; Seneca de benef. VI. 5. In diesem Sinne heisst es auch *expilari hereditatem* und *hereditati furtum non fieri*. Dig. XLVII. 19. Cod. IX. 32. Vgl. Vering, Erbrecht S. 66 Note 1.

Rechtsleben angewandt, als sie sich dieselbe objectiv machten und in ihrem inneren Zusammenhange theoretisch entwickelten. Erst Julianus [4]) sprach den Satz ausdrücklich aus. Labeo [5]), Sabinus [6]) Javolenus [7]), sind sich der Personification der hereditas noch nicht bewusst, obgleich der Letztere schon der Anschauung von Julianus sehr nahe steht [8]). Auch im späteren Edicte finden wir Spuren aus einer Zeit, wo man sich der Persönlichkeit der hereditas noch nicht bewusst geworden war [9]). Von Julianus ab kam aber die Idee von der Fortdauer der Persönlichkeit des Erblassers in der hereditas alsbald bei den römischen Juristen zur allgemeinen Anerkennung [10]). Den ausführlichen Nachweis, dass und wie bis auf Justinian und durch diesen der civilrechtliche Begriff der hereditas als Persönlichkeit des Erblassers in so vielen seiner Wirkungen durchbrochen und umgestaltet ist, dass Justinian consequenter Weise eigentlich hätte dieses Princip selbst ausdrücklich aufheben sollen, und dass dem canonischen und germanischen Rechte jener römische Begriff der hereditas ganz fremd ist, hat Vering in seinem Röm. Erbrecht [11]) gegeben. Im justin. R. war bereits ein Zustand angebahnt, wo, wie nach german. und jetzigem französischen Rechte, alle Verfügungen von Todeswegen nur als Verpflichtungen der unmittelbar beim Tode des Erblassers eintretenden Intestaterben zur Herausgabe von Sachen oder quoten Theilen oder des ganzen Nachlasses anzusehen sind, und daher die Testamentserben nur noch indirecte Universalsuccessoren [12]) sind [13]).

4. Die hereditas bezeichnet jedoch nicht bloss den Nachlass als Object, sondern auch das subjective Recht der Succession in denselben.

Afric. l. 208. de V. S.: „Bonorum appellatio, sicut hereditatis universitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat."

II. Der Erbe als solcher soll die nämliche Person sein, wie der Erblasser, d. h. der neue Träger der vom Erblasser inne gehabten (öconomischen) Rechtspersönlichkeit werden. Desshalb heisst es auch in den Quellen ganz richtig einmal, dass die *hereditas personam heredis interim sustineat*, denn der Erbe als solcher und der Erblasser sind dieselbe Person.

Pompon. l. 1. de novat. XLVI. 2.: „hic enim morte testatoris non extinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet. „Man braucht desshalb diese Stelle nicht durch Einschiebung des Wortes *illius* nach heredem zu ändern. Cfr. *Iavolen.* l. 22. de usurp. XLI. 3.: „Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur" [d. h. sie sind dasselbe Rechtssubject]; Nov. 48. praef.; Basil. L. III. c. 21.

III. *Hereditas* † *iacens* [13a]), ruhende Erbschaft, nennt man die

4) Vgl. Ulpian. l. 33. §. 2. cit. — 5) L. 13. §. 5. quod vi XLIII. 24.; l. 9. de fen. naut. XXII. 2. — 6) L. 10. ut leg. XXXVI. 3. — 7) L. 64. de her. inst. XXVIII. 5. — 8) L. 36. de stip. serv. XLV. 3. — 9) Ulp. l. 3. pr. de neg. gest. III. 5. — 10) Vgl. Vering, Röm. Erbrecht S. 110 ff. — 11) Vering, Röm. Erbrecht. Kap. XXII. S. 817 ff. — 12) Vgl. u. §. 285. — 13) Vgl. auch Bruns in Holtzendorff's Encycl. Bd. 1. 2. Aufl. S. 429 §. 88. geg. E.; Unger, Syst. des österr. Privatr. Bd. 6. §. 2. Anm. 7, und o. §. 246. nr. II.

13a) Die Quellen reden von hereditas, bona *iacent*, aber ohne daraus eine besondere technische Bezeichnung zu machen. Vgl. l. 13. §. 5. quod vi XLIII. 24;

Erbschaft in der Zeit vom Tode des Erblassers bis zum Erbschafts-Antritt[13b]). Auf den Erben soll die Persönlichkeit des Erblassers in vermögensrechtlicher Beziehung gerade so übergehen, wie sie beim Erblasser war. Desshalb muss für die Zwischenzeit, wo kein physischer Repräsentant der hereditas iacens vorliegt, diese selbst als eine iuristische Person erscheinen. Weil aber die Persönlichkeit des Erblassers auch ohne einen physischen Repräsentanten fortbesteht, so bestehen auch während der hereditas iacens alle Vermögensrechte und Verbindlichkeiten des Erblassers fort und sind dieselben auch fortwährend einer Vermehrung fähig, insoweit nicht ein positives Handeln der Person (wofür es an einem Organ fehlt) nothwendig ist. Es erwirbt die hereditas iacens ipso iure, bei den Römern namentlich durch die Erbschaftssclaven und Zeitablauf; es läuft während der hereditas iacens die Usucapion des Erblassers fort, so dass sie schon während dieser Zeit oder nachher bei dem Erben vollendet werden kann. Auch erwirbt die hereditas iacens möglicher Weise Rechte durch Quasicontract, Delict oder Quasidelict Anderer.

IV. Weil so die Rechte und Verbindlichkeiten auch während der hereditas iacens ungehindert fortlaufen und sich vermehren, so ist es insofern einerlei, in welchem Momente später der Erbe antritt, d. h. in die Repräsentation der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Verstorbenen eintritt. Er gilt, wenn er auch in noch so später Zeit erst antritt, dann doch immer als Erbe vom Augenblicke des Todes der Erblassers an; denn indem er sich mit der Persönlichkeit des Verstorbenen bekleidet, erlangt er zugleich nicht bloss die vom Erblasser schon innegehabten, sondern auch die inzwischen hinzugekommenen Vermögensrechte und Verbindlichkeiten. Es tritt also beim Erbschaftsantritt für den Erben eine vollkommene Rückziehung auf den Augenblick des Todes des Erblassers ein. Jedoch tritt diese nicht ein in den Beziehungen, die ein willensfähiges Organ in der Person des Erben voraussetzen, und so muss auch der Besitz, weil er kein Recht, sondern etwas Thatsächliches ist, vom Erben in der gehörigen Weise an den Erbschaftssachen erst ergriffen werden.

Schon früher, als die Idee der Persönlichkeit der ruhenden Erbschaft in der Theorie zur ausdrücklichen Anerkennung gelangte, war dieses mit der rückwirkenden Kraft des Erbschaftsantritts der Fall. Wir finden die Rückziehung des Erbschaftsantritts auf den Moment des Todes des Erblassers bereits anerkannt von *Cassius*[14]), *Labeo*[15]), *Celsus*[16]), *Urseius Ferox*[17]),

l. 1. de B. P. fur. XXXVII. 3.; l. 1 pr. de succ. ed. XXXVIII. 9; l. 4. §. 17. de fideic. l. XL. 5. — 13b) Vgl. Unger §. 7. Note 5 ff.; Bruns S. 440 f.

14) L. 28. §. 4. de stip. serv. XLV. 3. — 15) L. 9. de fen. naut. XXII. 2.; l. 20. §. 1. de cond. inst. XXVIII. 7. — 16) L. 193. de R. I. L. 17. — 17) L. 36. de solut. XLVI. 3.

Paulus[18]), *Florentinus*[19]): „Heres quandoque hereditatem adeundo iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur."

V. Wer einmal Erbe geworden ist, kann nach Civilrecht nicht wieder aufhören es zu sein (*semel heres*, *semper heres*)[19a]). Denn die hereditas ist jetzt die Persönlichkeit des Erben geworden, wie sie die des Erblassers war und kann desshalb auch nur mehr durch einen öffentlich rechtlichen Act, nicht durch Privatwillkür wieder dem Erben genommen werden. Seiner Persönlichkeit kann man sich ja, weil sie Ausfluss des öffentlichen Rechtes ist, überhaupt nicht wieder durch Privatact entledigen. Desshalb kann man auf keine hereditas acquisita wieder verzichten, nicht unter einer Resolutivbedingung eine hereditas antreten, ebensowenig, wie man sein Erbrecht veräussern kann (nur die materielle Erbschaft[20]). Denn die Erbschaft ist als publici iuris ratio der Willkür der Parteien entzogen. Aus demselben Grunde waren Erbverträge nach röm. Rechte ungültig[21]).

VI. Die Persönlichkeit der hereditas zeigt sich auch darin, dass dieselbe in ihrer eigentlichen juristischen Bedeutung *untheilbar* ist, so dass jeder Miterbe nur in der Ausübung des Erbrechts durch seine Miterben beschränkt wird (*partes concursu fiunt*), und dass wenn ein Miterbe bevor er die Erbschaft erworben hat, wegfällt, ein Anwachsungsrecht eintritt, d. h. sich sofort wieder der vollere Anspruch auf das ungetheilte Ganze geltend macht (cessante concursu cessant partes; *ius accrescendi* = ius non decrescendi)[22]). Damit hängt auch der Satz: *nemo pro parte testatus vel*[23]) zusammen. Die hereditas im materiellen Sinne, d. h. als Inbegriff des Nachlasses[24]), ist freilich unter den Miterben theilbar[25]).

VII. Der Erbe erhält nicht das connubium des Erblassers,

18) L. 138. de R. I. — 19) L. 54. de A. v. O. H. XXIX. 2. — 19a) „Hereditas semel data adimi facile non potest." l. 1. §. 4. Dig. XXVIII. 4. — 20) S. u. §. 268. a. E. — 21) S. u. §. 248.

22) Nach deutschrechtlichen Grundsätzen (s. o. §. 246. nr. II. 1.) kommt dagegen kein Anwachsungsrecht vor, ausser insoweit es, wie nach röm. R. bei den Vermächtnissen, nur in Folge des Willens des Erblassers eintritt. Daher findet nach preuss. Landr. Th. 1. Tit. 12. §. 254—58, 281—283, österr. allgem. bürgerl. Ges. B. §§. 554. 556. 560—62. und nach dem sächsisch. Erbges. v. 1829, wenn der Erblasser dem eingesetzten Erben bestimmte Theile ausdrücklich zugewiesen hat, kein Accrescenzrecht Statt, sondern der Theil des Nachlasses, über welchen nicht verfügt ist, oder die von dem zum Erben Eingesetzten nicht erworbene Portion gehört dem gesetzlichen (Intestat-)Erben. (Vgl. Vering, Erbr. S. 384. und u. §. 248. a. E.) Auch nach dem Sächs. G.-B. von 1863 §. 2271 f. gilt kein Anwachsungsrecht für die bloss auf ideale Theile der Erbschaft oder auf einzelne Sachen, Rechte oder Summen eingesetzten Erben, und nach §. 2276. kann der Erblasser das Anwachsungsrecht verbieten.

23) S. §. 248. nr. II. — 24) S. o. nr. I. S. 648. — 25) S. o. §. 72. und u. §. 268.

die iura status ac familiae desselben, weil dieselben wesentlich die physische Individualität des Verstorbenen zur Voraussetzung haben; der Erbe erhält nur das commercium des Erblassers, auf welches die Persönlichkeit des Erblassers bei seinem Tode zusammenschrumpft. Dieses geht auf den Erben über, um an diesem einen neuen physischen Repräsentanten zu erhalten, wie es früher der Erblasser war.

L. 62. de R. J. L. 17; l. 59. eod.; *Gai.* l. 24. de V. S.: „Nihil aliud est *hereditas,* quam successio in universum ius, quod defunctus habuit"; *Paul.* l. 138. eod.: „*Hereditatis* appellatione bonorum possessio quoque continetur." — *Pompon.* l. 37. de adq. her. XXIX. 2: „Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominum succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant."

Es gehen also mit der vermögensrechtlichen Persönlichkeit das Eigenthum und die iura in re aliena, die Forderungsrechte wie die Schulden, selbst wenn die letzteren die Activa übersteigen *(hereditas damnosa),* auf den Erben über [26]. Jedoch diejenigen dinglichen und persönlichen Rechte, welche zugleich die physische Individualität des Verstorbenen zur Voraussetzung haben, wie die Personal-Servituten und wie die höchstpersönlichen Obligationen, z. B. mandatum und societas, actiones vindictam spirantes und nach röm. R. auch Strafforderungen aus Delicten, sowie auch die Ersatzforderungen aus Delicten, ausser insoweit noch eine Bereicherung aus dem Delicte in der hereditas vorhanden war, gehen auf den Erben nicht über (nach can. Rechte haftet jedoch der Erbe iuxta facultates suas, nach der Auslegung der Praxis aber nur bis zum Belaufe der Erbschaft wegen Delicte des Erblassers für Schadenersatz) [26].

VIII. Dass der Erbe aber zunächst überhaupt die vermögensrechtliche Persönlichkeit, das commercium des Erblassers und mit und in diesem, als von diesem getragen und zu einer universitas zusammengehalten, die daran geknüpften Vermögensrechte erhält, ergibt sich auch daraus, dass der Erbe durch die Erbschaft sogar diejenigen Rechte des Erblassers erwerben kann, an denen er ex propria persona kein commercium hatte, z. B. konnten Soldaten keine Provincialgrundstücke erwerben, wohl aber solche erben. Nach röm. Rechte succedirte der Erbe auch in die bona fides des Erblassers, wenn er auch selbst in mala fide war, nach canon. Rechte jedoch nicht mehr, weil jetzt die bona fides eine continua sein muss.

IX. Auch liegt eine hereditas vor, wenn gar keine materiellen corpora hereditaria vorhanden sind oder der Erbe (als heres sine re) mit solchen materiell leer ausgeht; denn es ist doch die Vermögensfähigkeit des Erblassers vorhanden, die auf den Erben übergehen soll (hereditas iuris nomen est, quod etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet) [28].

26) Pompon. l. 119. de V. S. — 27) Vgl. Vering, Röm. Erbr. S. 829 ff. und o. §. 116. §. 208. III. — 28) Cf. Papin. l. 50. pr. de her. pet. V. 3.; l. 3. §. 1. de B. P. XXXVII. 1; l. 119; l. 178. §. 11; l. 208. de V. S.

X. Beim *Soldatennachlass* galt der civilrechtliche Begriff der hereditas als Rechtspersönlichkeit des Erblassers nicht, ausser insofern der Soldat es ausdrücklich wollte[29]). Desshalb galt hier ein Erbvertrag, der jedoch beliebig widerruflich war; galt hier nicht der Satz: semel heres semper heres, sondern war hier auch eine Erbeinsetzung unter einer Resolutivbedingung oder einem dies ad quem zulässig; galt hier nicht von selbst das Accrescenzrecht, ausser insofern der Soldat selbst es wollte, und galt namentlich auch im Soldatentestamente nicht der Satz, *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*[30]), welcher Satz nach Civilrecht ganz ausnahmslos eintrat[31]).

XI. Im Widerspruch mit der Persönlichkeit der hereditas und namentlich der der hereditas iacens stehen aber wiederholte Aeusserungen der Quellen: *res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt*[32]). Es lässt sich dieses einerseits als eine theoretische Spitzfindigkeit erklären, insofern während der hereditas iacens kein physischer Repräsentant der juristischen Persönlichkeit der hereditas und des Eigenthums an den res hereditariae vorhanden ist, indem die hereditas iacens nicht als juristische Persönlichkeit fortbestehen, sondern an dem Erben einen neuen physischen Repräsentanten erhalten soll, und desshalb auch keine Organe der Willens- und Handlungsfähigkeit für die hereditas iacens geschaffen werden, wie dies bei anderen juristischen Personen geschieht. Andererseits aber erklären sich jene Aussprüche als ein Anklang an das älteste Recht, wo wirklich in Ermangelung von sui heredes der Nachlass res nullius und Gegenstand der Occupation war. Denn daraus nur erklärt sich die Entstehung der alten lucrativa et improba pro herede usucapio, von welcher *Gaius*[33]) sagt, sie sei zugelassen, damit die Erbschaftssacra nicht so lange unterblieben und die Erbschaftsgläubiger schneller wüssten, an wen sie sich zu halten hätten. Man konnte nämlich, auch wenn man wusste, dass man kein Erbe war, Erbschaftssachen, ohne ein furtum zu begehen, an sich nehmen, und man konnte durch einjährigen Besitz anfangs die Erbenqualität, später freilich, als die Juristen den Charakter der hereditas als Rechtspersönlichkeit des Verstorbenen mehr zum Bewusstsein brachten, nur das Eigenthum oder sonstige dingliche Rechte des Erb-

29) L. 1. de mil. testam. XXIX. 1: „Diligens observatio in ordinandis testamentis militibus propter nimiam imperitiam constitutionibus principum remissa est"; Gai. II. 109 = pr. Inst. de mil. test. II. 11.; vgl. auch u. §. 259. nr. II. a. E.; §. 260. nr. I. a. E.; §. 268. nr. VI. a. E.

30) Ulp. l. 6. de test. mil. XXIX. 1. — 31) S. folg. §. nr. II. — 32) Gai. 1. pr. de div. rer. I. 8. — 33) Gai. II. 55.

lassers an den Erbschaftssachen ersitzen. Ein S. C. († Iuventianum) unter Hadrian gestattete jedoch den wirklich als Erben Berechtigten, auch noch nach Ablauf des Jahres durch hereditatis petitio die Sachen zurückzufordern, und Marc Aurel bestrafte es als ein crimen extraordinarium expilatae hereditatis, wenn Jemand widerrechtlich und mala fide Erbschaftssachen sich angeeignet hatte[34]). Ein furtum an Erbschaftssachen war auch noch im neuesten römischen Rechte nicht möglich (denn ein furtum muss geschehen invito eo cui fit, und die hereditas iacens hat keinen Willen).

§. 248. Die Delationsgründe der hereditas.

I. 1. *Delation* ist der Rechtsgrund, durch welchen man zum Antritt und damit zum Erwerb einer hereditas berufen wird.

Ter. Clem. l. 151. de acq. her. XXIX. 2: „*Delata hereditas intelligitur*, quam quis possit adeundo consequi[1])."

2. Delationsgründe waren bei den Römern nur *Testament* und *Gesetz*, oder eigentlich nur Gesetz, denn das Testament ist nach der ursprünglichen röm. Auffassung eine lex specialis des Testators.

Ulp. l. 130. de V. S.: „Lege obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam quae ex testamento defertur; quia lege XII. t. testamentariae hereditates confirmatae sunt."

3. Nach heutigem Rechte können auch *Erbverträge* einen Delationsgrund der hereditas bilden.

Erbverträge[2]), sind Verträge über den Nachlass eines der beiden oder beider Contrahenten, und zwar entweder Verträge, wornach der eine Contrahent oder ein Dritter der Erbe des anderen Contrahenten werden soll (pacta † hereditaria acquisitiva, wohin auch die Fälle gehören, dass Jemand verspricht kein Testament zu errichten oder das errichtete Testament nicht zu ändern, letztere auch wohl pact. † hered. conservativa genannt), oder Verträge, wodurch Jemand im Voraus auf eine künftige Erbschaft verzichtet (pacta † hereditaria renunciativa). Alle diese Arten von Erbverträgen waren bei den Römern contra bonos mores, d. h. es verstiess gegen das ius publicum, über seine hereditas oder Erbfähigkeit, seine Rechtspersönlichkeit, durch einen blossen Privatact disponiren zu wollen[3]). Der Grund der Unzulässigkeit der Erbverträge war also die Rechts-

34) Vgl. o. §. 146. nr. III. S. 323 f.; Lassalle a. a. O. S. 468—483, bes. 475.

§. 248. 1) Vgl. auch Lassalle a. a. O. Bd. 2. S. 362 ff. — 2) Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen. Göttingen 1835. 3 Theile.; Dess. System des deutsch. Privatr. II. 157—161.; Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen. Braunschweig 1860; Arndts Pand. §. 470. Anm. 3 und die dort. Citt. — 3) Vgl. o. §. 9. Note 1; l. 5. Cod. de pact. conv. V. 14; l. 15. 19. Cod. de pact. II. 3; l. 61. de V. O. XLV. 1; l. 4. Cod. de inut. stip. VIII. 39; l. 52. §. 9. pro socio XVII. 2; l. 2. §. 2. D. de vulg. subst. XXVIII. 6; l. 16. de suis. XXXVIII. 16; l. 3. Cod. de collat. VI. 20.

persönlichkeit der hereditas. Im canon. Recht liess man aber Erbverträge gültig sein, wenn sie eidlich bekräftigt waren und nicht eine specielle turpitudo enthielten. Durch das deutsche Recht wurden Erbverträge überhaupt zulässig.

4. Schon nach röm. Rechte waren aber *Erbschaftsverträge*, d. h. Verträge unter Zweien über die künftig von einem derselben zu machende Erbschaft eines Dritten gültig. Jedoch musste der Dritte einwilligen, wenn er als eine bestimmte Person in Bezug genommen war, und es konnte dann der Dritte noch beliebig seinen Willen ändern, und dadurch den Erbschaftsvertrag ungültig machen, eben weil er in Bezug auf seine hereditas sich nicht durch einen Vertrag binden konnte[4]).

II. Charakteristisch ist das Verhältnis von Testaments- und Intestaterbfolge nach römischem Civilrechte. Die hereditas ist nämlich als Rechtspersönlichkeit untheilbar und es können darum wohl Mehrere als Miterben von einem gleich starken Fundamente aus, d. h. entweder sämmtlich zugleich ab intestato, oder sämmtlich zugleich ex testamento berufen werden, aber *nicht zugleich aus dem Testamente* und *ab intestato*. (Nemo [paganus] pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest)[5]). Denn

4) L. 30. Cod. de pact. II. 3. Cf. l. 29. §. 2. Dig. de donat. XXXIX. 5. Vgl. Vering, Röm. Erbr. S. 68 f.

5) Vgl. die eingehende Darstellung und Widerlegung der verschiedenen sonstigen Begründungen jenes Satzes, auch der von Huschke (im Rhein. Museum VI. 1834. S. 257—369), bei Vering, Röm. Erbr. Cap. XIV. S. 437 ff. Man s. auch Lassalle, System der erworbenen Rechte. Bd. 2. S. 241 ff., 263 ff. und speziell gegen Huschke die Ausführungen S. 488—516. — Lasalle's eigene Meinung stimmt im Resultat mit der unserigen, nur dass er seine Auffassung in der Formulirung seiner verfehlten Grundidee, das Wesen des Erbrechts liege in der Continuation des Willens des Erblassers durch den Erben, unterordnet und demgemäss das Verhältniss von Testament und Intestaterbrecht in der Alternative findet, dass der subjective Wille [nämlich als einheitlicher, in sich untheilbarer] immer nur entweder als sich selbst setzender oder als ein durch den Staat gesetzter vorhanden sein könne. „Denn durch sein **Selbst**setzen hebt er jedes Gesetztsein seiner durch Andere auf, schliesst es also aus." Lassalle a. a. O. S. 247. Vgl. auch u. §. 255. Note 8; Jhering, Geist III. 1. S. 141 ff. und weitere Literatur bei Windscheid, Pand. §. 537. Note 2. Unserem heutigen Rechte, welches die Idee der röm. Universalsuccession nur gemildert recipirt hat, ist die Solidarität der Delation und Acquisition in dieser formalistischen Strenge fremd. Der Einfluss der streng romanisirenden Jurisprudenz hat zwar die Reception des für unsere heutigen Verhältnisse unnatürlichen Satzes: *nemo pro parte rel.* in einigen Particularrechten zur Folge gehabt. So im Württemb. Landr. v. J. 1609 Th. 3. Tit. 11. Art. 14., im Pfälz. Landr. Th. 3. Tit. 11. Art. 6., im *Codex Maxim. Bavaric.* Th. 3. Tit. 3. §. 9. nr. 4. Auch im Königr. Sachsen wurde er erst durch das Erbrechtsgesetz vom 31. Jan. 1829 aufgehoben; im sächsischen Gesetz-

das Testament ist seiner ursprünglichen Auffassung nach bei den Römern eine lex specialis, wodurch der lex generalis über die Erbfolge, also der Intestaterbfolge, derogirt wird, und zwar vollständig derogirt wird, weil der Gegenstand des Testamentes, die hereditas, ein untheilbares Ganzes ist. Hat desshalb Jemand auch nur über einen Theil seines Nachlasses testirt, so gilt das Testament dennoch für den ganzen Nachlass, und die Theile, über welche nicht verfügt wurde, fallen nicht an die Intestaterben, sondern wachsen den eingesetzten Erben an.

Cic. de invent. II. 21. §. 63; Ulp. l. 39. de adq. her. XXIX. 2: „Quamdiu potest *ex testamento* adiri hereditas, *ab intestato* non defertur"; Pomp. l. 7. de R. J.: „Ius nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse earumque rerum *naturaliter inter se pugna est,* [testatus et intestatus]." Gai. III. 11. 13; Diocl. et Max. l. 8. Cod. comm. de succ. VI. 59: „testamentariae successionis spe durante ab intestato bona defuncti non recte vindicantur."

Ebenso wird durch ein neues Testament als posterior lex specialis das frühere Testament als solches immer vollständig aufgehoben[6]). Eine scheinbare Ausnahme von dem Satze *nemo pro parte rel.* tritt ein, wenn in einem Testamente mehrere Erben eingesetzt sind, und ein übergangener Pflichttheilserbe nicht gegen alle Eingesetzten mit der querela inofficiosi testamenti durchdringt[7]). Ebenso ist es bloss eine scheinbare Ausnahme, wenn im Soldatentestamente jener Satz nicht gilt, denn der Soldatennachlass und das Soldatentestament fällt überhaupt nicht unter die allgemeinen Regeln des Civilrechts[8]).

§. 249. Von der bonorum possessio und ihrem Verhältniss zur hereditas[1]).

I. *Bonorum possessio* ist die in den späteren Zeiten der Re-

buch von 1863. §. 2272, 2276, sowie im französischen R., im allgem. preuss. Landr. Th. 1. Tit. 12. §. 45. und im österr. allgem. bürgerl. Gesetzbuch §. 534 gilt der Satz nicht. (Vgl. Vering, Erbr. S. 833 f.) Uebrigens herrscht, wie Bruns in Holtzendorff's Encycl. Bd. 1. III. 1. §. 88. a. E. treffend bemerkt, im heutigen Erbrechte vielfach sowohl in der Praxis, wie in den neueren Gesetzbüchern eine gedankenlose Vermischung des römischen und deutschen Princips, wie z. B. wenn das preussische und auch das sächsische Recht theilweise Delation erlauben, theilweise Antretung aber verbieten, Ausschliessung der Anwachsung vom Erblasser erlauben, vom Erben verbieten. (Vgl. jedoch über Letzteres o. §. 247. nr. VI. Note 22).

6) L. 19. pr. de testam. mil. — 7) Vgl. u. §. 263. nr. IV. 5. — 8) Vgl. o. §. 247. nr. X. und über alle diese und andere scheinbaren Ausnahmen vgl. Vering Erbr. S. 445 ff.; Bruns a. a. O. S. 432 a. E.

§. 249. 1) Gai. III. 25—54. 80. 81. II. 119—121. 125 sqq. 147—54; Ulp. XXVIII.; Collat. XVI. 7—9; Th. C. IV. 1; Inst. III. 9. [10.] de bonor. possession.; Dig. XXXVII. XXXIII.; Cod. VI. 3—7. 9—20. — Inst. III. 7. de succes-

publik, zum Theil schon vor Cicero[2]), durch das prätorische Recht begründete Erbfolge (successio per universitatem), wodurch Jemand (als bonorum possessor) für sich und unmittelbar zur Repräsentation eines Verstorbenen, nur als fingirter heres (heredis loco), mit den Klagen des Erben als actiones ficticiae[3]) berufen wurde, so dass das Eigenthum des Erblassers nicht als dominium ex iure Quiritium, sondern bloss als *in bonis* und die Forderungen nur mit *actiones utiles* auf den bonorum possessor übergingen.

II. Was der historische Ausgangspunkt der B. Pio im Einzelnen gewesen sei, lässt sich nicht bestimmen.

Mit Leist[4]) lassen sich unter den verschiedenen Ansichten vier Gruppen unterscheiden:

1. Francke[5]) regte die Meinung an, der Ursprung liege in der prätorischen Regulirung des Erbschaftsprozesses. Fabricius[6]), dem sich Vangerow[7]) anschloss, verstand dieses dahin, dass die Vindicien, d. h. der Besitz, den der Prätor bei der hereditatis petitio i. e. vindicatio[8]) einer der Parteien gegen Bürgschaft bis auf Weiteres ertheilt habe, die ursprüngliche bonorum, oder wie Cicero gewöhnlich sagt, hereditatis possessio sei. Hingst[9]) legt dagegen den Nachdruck darauf, dass der Prätor durch die Gewährung der B. Pio an einen der beiden Erbschaftsprätendenten die Rollen des Klägers und Beklagten für die hereditatis petitio habe regeln wollen. Er verlegt damit den Ursprung der B. Pio erst in die Zeit, wo die hereditatis petitio, wie die rei vindicatio, per formulam petitoriam geführt wurde. Schliesslich laufen aber diese Auffassungen gemeinsam darauf hinaus, es habe der Prätor zuerst die bonorum possessio litis ordinandae gratia eingeführt und daher zuerst demjenigen unter zwei Erbprätendenten die bonorum possessio ertheilt, der dem äusseren Anschein nach als der zunächst Berechtigte erschienen sei, also zuerst dem in einem äusserlich fehlerfreien Testamente Eingesetzten[10]), sodann dem heres legitimus[11]). Bei jenen Ansichten bleibt es aber unerklärt, warum und nach welchem Maassstabe sich aus einer einfachen prozessualischen Maassregel ein ganzes Erbsystem entwickeln konnte[12]).

sione libertorum. cf. Gai. III. 40—54; Ulp. XXIX.; Dig. XXXVIII. 2. de bonis libertorum; Cod. VI. 13. de B. P. contra tabulas liberti etc. Vgl. Leist, Die bon. poss. II. Bde. Göttingen 1844—48; Ders. Ausführliche Erläuterung der Pand. nach Hellfeld. Forts. Serie der Bücher 37 und 38. I. Thl. Erlangen 1870. 2 Thle. 1873; Vangerow §. 398 ff.; Vering, Röm. Erbr. Cap. XIX. S. 577 ff. Weitere Literatur besonders bei Danz, Gesch. des röm. Rechts. Bd. II. §. 176. S. 141 ff.

2) Cic. in Verr. II. 1. 44. — 3) Gai. IV. 34.

4) Leist in der cit. Fortsetzung von Glück's Erl. der Pand. Th. I. S. 40 ff. — 5) Francke, Das Recht der Notherben, S. 121. ff. — 6) Fabricius, Ursprung und Entwickelung der B. Pne. Berlin 1837. S. 17 ff. — 7) Vangerow a. a. O. — 8) Vgl. Gai. IV. 16. 17. und o. §. 150. nr. II. 2. S. 339. — 9) Hingst, Commentarius de B. Pione. Amstelodami 1858. pag. 110 sqq. Ihm schloss sich im Wesentlichen Rudorff an zu Puchta's Instit. III. §. 316. Note kk. — 10) S. u. §. 255. nr. III. IV. — 11) S. u. §. 252. nr. I. 2. — 12) Gegen Hingst vgl. auch Leist a. a. O. Bd. 1. S. 116 ff. Gegen

2. Ebenso hat man auch keinen Maassstab und kein Princip für die Entwickelung der B. Pio, wenn man mit Savigny[13]) und Huschke[14]) den Ursprung derselben in einer prätorischen Regulirung oder mit Pernice[15]) in einer Umgestaltung der usucapio pro herede finden will. Savigny und ebenso Puchta[16]) und Köppen[17]) verbinden desshalb mit jener Idee

3. die Ansicht der meisten Neueren[18]), dass der älteste Bestandtheil der B. Pio in der Schaffung neuer Erbklassen beruhe.

4. Leist[19]) und mit ihm Sintenis[20]), Keller[21]) und Danz[22]), finden den Ursprung der B. Pio in der possessorischen Regulirung der civilrechtlichen Erbklassen. Die Einführung der bonorum possessio sei wahrscheinlich[23]) eines Theils aus dem Grunde geschehen, „ne bona hereditaria vacua sine domino iacerent"[24]), anderen Theils aus dem Grunde, „ne quis sine successore moriatur"[25]). Darum habe der Prätor für die nach Civilrecht berufenen Erben Deliberationsfristen[26]) und nach deren Ablauf eintretende Berufung der nächsten Klasse (successio ordinum) eingeführt, welche Aufeinanderfolge der Berufungen dem Civilrecht fremd war. Dieses *edictum successorium*[27]) ist allerdings mit oder vielmehr erst nach der Entwickelung der

Francke, Fabricius, Vangerow vgl. ebds. S. 121 ff.; Schirmer, Erbr. Bd. 1. S. 91 Note 32.

13) Savigny, Vermischte Schr. II. S. 230 ff. — 14) Huschke in Richter's Krit. Jahrbb. 1839. S. 11 ff. und in der Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. Bd. 14. S. 146—229.

15) Pernice, Labeo. Bd. 1. S. 323 ff. Derselbe geht davon aus, man habe ursprünglich bei Vermögen und Erbschaft nur an den Inbegriff der körperlichen Sachen gedacht (familiam pecuniamque); wer diese erhalte, überkomme nach der ausdrücklichen Bestimmung der XII Tafeln auch die persönlichen Forderungsrechte. Den Satz, dass eine Erbschaft auch lediglich aus unkörperlichen Sachen bestehen könne, habe zuerst Labeo (l. 3. §. 1. de B. P. XXXIX. 1.) mit Bezug auf die B. Pio hervorgehoben. Mit dieser neuen Anschauung sei auch eine Umgestaltung der pro herede usucapio eingetreten, indem seit man die nomina als Theil der Erbschaft betrachtet habe, nun auch eine Ersitzung der Erbschaft durch den Besitz der Einzelsachen nicht mehr habe vermittelt werden können. Die bonorum possessio sei ein vom Prätor zugewiesener Erbgüter- oder Erbschaftsbesitz. Dass sie ursprünglich nur auf den Besitz der corpora hereditaria gegangen sei, beweise das interdictum Quorum bonorum, mit welchem die vom Prätor ertheilte bonorum possessio ungerechtfertigten Besitzern gegenüber durchgesetzt werde. Erst in einer späteren Zeit, wo auch nicht civile Erben den Erbschaftsbesitz erhalten hatten, seien die Rechtsmittel des Erben als actiones ficticiae dem bonorum possessor gegeben worden.

16) Puchta, Institut. Bd. 3. §. 316. — 17) Köppen, System des Erbrechts. S. 22 ff. — 18) Auch wohl Arndts, Pand. §. 466 f.; Schirmer, Erbr. I. S. 94; Windscheid, Pand. §. 532 Anm. 4. — 19) Leist in seinen in Note 1 citirten Werken. — 20) Sintenis, Prakt. Civilr. Bd. 3. §. 193. — 21) Keller, Pand. §. 458. — 22) Danz, a. a. O. S. 148. — 23) Vgl. Leist in der cit. Fortsetzung von Glück. Bd. 1. S. 315 ff. — 24) Ulp. l. 1. pr. de successor. edicto. XXXVIII. 9. — 25) Gai. III. 33; §. 2. Inst. de B. P. III. 9. — 26) Vgl. u. §. 252. nr. I. a. f.; Vering, Erbr. S. 618 Note 4. — 27) Vgl. u. §. 268. nr. VII.

bonorum possessio und erst in der Kaiserzeit[28]) ergangen, ist aber nur eine Folge, nicht die Ursache und auch nicht das ursprüngliche Wesen der bonorum possessio, so wie dieselbe schon zu Cicero's Zeit ausgebildet war und Leist selbst dieselbe in ihrer ehemaligen Gestalt schildert[29]).

Der Ursprung der bonorum possessio lässt sich nicht, wie man es im Einzelnen auf die mannigfachste Weise versucht hat, dadurch ergründen, dass man die Zwecke des Edictes überhaupt und die besonderen Zwecke der bonorum possessio an einander reiht oder einzelne derselben einseitig hervorhebt[30]). Es wurde in Rom überhaupt mit der Erweiterung des Reiches und der gesellschaftlichen Verhältnisse auch eine Erweiterung der engen Schranken des Civilrechts nöthig und diesem Bedürfniss wurde vom Prätor nach Maassgabe des ius gentium abgeholfen. Mit dem Absterben der altpatricischen Staatseinrichtungen hörte auch der eigentliche Grund auf, warum man das Familien- und Familiengüterrecht in die ursprünglichen engen Grenzen und fast undurchdringlichen Schranken gebannt hatte. Wie daher bei anderen privatrechtlichen Instituten neben die engere, abgeschlossenere civilrechtliche Gestaltung eine andere freiere mehr dem ius gentium Rechnung tragende Formation trat, so geschah es auch auf dem Gebiete des Erbrechts: es trat neben das auf Grund der civilrechtlichen familia aufgebaute Erbschaftssystem der hereditas das der bonorum possessio, wobei man allerdings Vieles aus dem fertigen System der hereditas analog herübernahm und, wo es mit Rücksicht auf die bestehenden Verhältnisse gut schien, berücksichtigte, aber doch die römische Auffassung der familia nach ius gentium mit zu Grunde legte, wo dieses hinwiederum zweckmässig und billig schien, und so eine freiere, umfangreichere Gestaltung, sowohl der Intestat-, wie der Testamentserbfolge, und später auch des Notherbenrechts herbeiführte.

III. Zu Cicero's Zeit waren die zur bonorum possessio Berechtigten folgende: 1. der in einem äusserlich fehlerfreien mit der gehörigen Zahl von Siegeln versehenen Testamente Eingesetzte[31]) *(bonorum possessio secundum tabulas)*; 2. die nach Civilrecht *(lege)* zur Erbschaft Berechtigten *(bonorum possessio unde legitimi)*[32]); 3. derjenige, welcher sich nach der *aequitas* als der Empfehlenswertheste darstellte (in quibus causis quid aequius aequissimumve

28) Hätte es schon zu Cicero's Zeit existirt, so würde Cic. in Verrem I. 44—46. dasselbe wohl nicht völlig mit Stillschweigen übergangen haben. — 29) Vgl. Leist in der cit. Forts. von Glück. Bd. 1. §. 1598 a. S. 47 ff. Man s. auch u. nr. III. 1. — 30) Vgl. auch Böcking, Röm. Privatr. Institutionen. 2. Aufl. Buch III. §. 25. Anm. 2. S. 262 f. — 31) Vgl. u. §. 255. nr. III. — 32) Vgl. u. §. 252. nr. I. 2.

sit)[33]), d. h. der Prätor ertheilte bereits eine *bonorum possessio unde cognati* und *unde vir et uxor*[34]), wenn auch damals vielleicht immer nur erst nach einer causae cognitio und wenn es ihm dann nach Lage der Umstände billig schien[35]). Ein prätorisches Notherbenrecht, eine *bonorum possessio contra tabulas,* gab es zu Cicero's Zeit noch nicht; es kam, ebenso wie die *ex edicto unde liberi* ab intestato den sui und den emancipirten leiblichen Kindern gewährte bonorum possessio, erst zu Anfang der Kaiserzeit auf[36]).

IV. Die bonorum possessio wird unterschieden:

1. wie eben schon beiläufig bemerkt wurde, in eine solche *secundum tabulas*[37]) oder *testamentaria*, *contra tabulas* und *ab intestato.*

2. Man unterscheidet ferner die bonorum possessio *ordinaria* oder *edictalis*, *de plano data*, im Gegensatze zur *extraordinaria* oder *decretalis*, *pro tribunali data.* Die ordinaria B. Pio versprach der Prätor im Edicte im Voraus gewissen Personen, wenn sie binnen bestimmter Frist um dieselbe nachsuchen würden, z. B. denjenigen, die ein äusserlich fehlerfreies Testament vorlegen würden, worin sie zu Erben eingesetzt seien, und wenn solche vor ihm anmeldeten, sie nähmen die im Edicte zugesagte B. Pio in Anspruch, so nahm er ein Protocoll darüber auf, ohne erst näher zu untersuchen, ob die Betreffenden auch wirklich einen Anspruch darauf hätten. Die *extraordinaria* ist die, deren Ertheilung, wenn sie erbeten wurde, stets eine causae cognitio pro tribunali vorausging, und welche dann durch ein besonderes Decret ertheilt wurde. Zu diesen extraordinariae bon. poss. gehören namentlich auch die bloss provisorischen bonorum possessiones: die *bonorum possessio ventris nomine, ex Carboniano edicto, litis ordinandae gratia*, die provisorische *bei bedingten Erbeinsetzungen*, und die B. P. *furiosi nomine*[38]).

3. Bonorum poss. *ordinaria* heisst aber auch die an eine gewisse Reihenfolge (ordo) geknüpfte, und *extraordinaria* die neben den verschiedenen ordines herlaufende, also einerlei wer sonst noch berufen

33) Cic. orat. part. c. 28. — 34) Vgl. u. §. 252. nr. I. 3. 4. — 35) Leist a. a. O. S. 65 vergleicht hier das arbitrium des Prätors ganz passend mit der clausula generalis bei der Restitution.

36) Vgl. Vering, Erbrecht. S. 595 Note 1, S. 619 Note 4 und die dort. Citt. In l. 8. §. 11. de B. P. c. t. XXXVII. 4. wird bereits ein Ausspruch Labeo's über die den in Adoption gegebenen Kindern gewährte bonorum possessio berichtet.

37) Die tabulae testamenti waren gewöhnlich gewächste Holztafeln (vgl. Vering, Erbr. S. 212 Note 1; l. 1. pr. de B. P. XXXVII. 11.), desshalb kommt auch öfters die Bezeichnung B. P. secundum und *contra lignum* vor, z. B. l. 19. h. t. — 38) S. u. §. 269.

sein sollte, eintretende, wie die bonorum possessio patroni gegenüber dem libertus[39]).

4. Bonorum poss. † *utilis* ist die desjenigen, der zugleich civilrechtlicher Erbe ist, und der daher durch Nachsuchung der bonorum possessio nur noch den Vortheil erlangt, dass er sich sogleich durch das interdictum *Quorum bonorum*, welches dem bonorum possessor und nicht auch dem blossen heres gewährt war, den Besitz des Nachlasses verschaffen kann. Bonorum possessio † *necessaria* dagegen ist die desjenigen, der ausser durch das prätorische Recht gar keine Erbansprüche machen konnte.

5. Bonorum poss. *cum re* ist diejenige, wo durch den bonorum possessor der Civilerbe von dem Nachlasse ausgeschlossen wird. Wenn die bonorum possessio cum re ist, ist die hereditas *sine re* und umgekehrt[40]). Die bonorum possessio ist cum re, wenn sie corrigendi iuris civilis gratia gegeben ist, wie die bonorum possessio unde liberi[41]) und contra tabulas[42]) für die emancipirten leiblichen Kinder.

6. Das spätere Civilrecht gewährte die bonorum poss. in einigen Fällen, in welchen der prätor sie nicht gewährt hatte (bonorum possessio quibus ex legibus senatusveconsultis)[43]).

V. Im justinian. Recht besteht die bon poss. nicht mehr als ein vollständig selbstständiges Erbsystem. Denn Justinian hat die meisten Fälle der definitiven bonorum possessio zu Fällen der hereditas erhoben[44]). Jedoch hat Justinian ausser den Fällen einer bloss provisorischen Erbschaftseinweisung auch folgende Fälle einer definitiven bon. poss. als blosse bonorum poss. bestehen lassen, in denen keine hereditas, wohl aber eine bon. poss. gewährt wurde: 1. die *bonorum possessio unde vir et uxor* (ab intestato)[45]); 2. *ex testamento irrito*[46]), wenn der Testator die Fähigkeit ein Testament zu errichten durch cap. dim. minima verloren, aber vor seinem Tode wieder erlangt hatte; 3. die seit einem Rescript Hadrian's (den Intestaterben gegenüber cum re) gewährte B. Pio *ex testamento agnatione postumi rupto*, wenn der im Testamente übergangene postumus suus[47]) vor

39) S. u. §. 252. und §. 262.

40) Ulp. XXVIII. 13: „Bonorum possessio aut cum re datur aut sine re: *cum re*, cum is qui accepit, cum effectu bona retineat; *sine re*, cum alius *iure civili* evincere hereditatem possit."

41) S. u. §. 252. — 42) S. u. §. 261. nr. II. — 43) L. 1. pr. h. t. XXXVIII. 14; §. 7. Inst. de bon. poss. III. 9. — 44) Ueber die dieses vorbereitenden früheren gesetzlichen Vorschriften vgl. §. 253.; §. 254. pr.; §. 255. nr. III. — 45) Vgl. u. §. 252. nr. I. 4.; §. 254. nr. II. a. E. — 46) Vgl. u. §. 265. — 47) S. u. §. 265.

dem Tode des Testators wieder wegfiel; 4) die *bonorum possessio* aus dem früheren Testamente, wenn der Testator das spätere wieder zerstörte in der erklärten Absicht, das frühere wieder gelten zu lassen[48]; und 5. die *bonorum possessio contra tabulas* der emancipirten präterirten Kinder[49]. Die Praxis hat jedoch seit den Glossatoren auch diese Fälle zu Fällen der hereditas erhoben. Nach richtiger Auslegung des justin. Rechtes musste auch der heres, um das interdictum Quorum bonorum zu haben, noch immer erst die bonorum possessio agnosciren, d. h. beim Magistrate durch eine Erklärung nachsuchen. Aber die Praxis hat seit den Glossatoren überhaupt die Agnition der bonorum possessio beseitigt, so dass jetzt gar kein Unterschied zwischen hereditas und bonorum possessio mehr besteht.

§. 250. Allgemeine Voraussetzungen für die Erbfolge.

Diese sind:

I. dass eine Person verstorben sei (viventis nulla hereditas est). Herrscht Zweifel über den Tod des zu Beerbenden, so muss der Erbe den Tod seines Erblassers beweisen.

L. 19. D. de A. v. O. H. XXIX. 2: „Qui hereditatem adire volet, certus esse debet, defunctum esse testatorem."

II. Der Verstorbene muss selbst Vermögensfähigkeit für sich gehabt haben, und desshalb konnten Sclaven gar nicht[1], Peregrinen nur nach ihrem Landrechte, und bevor sich das Peculienrecht entwickelt hatte, auch Hauskinder nicht beerbt werden. Eine Vestalin konnte ab intestato weder erben, noch beerbt werden, weil sie der menschlichen Familie entrückt in die Familie der Gottheit übergetreten war.

III. 1. Derjenige, welcher den Verstorbenen repräsentiren will, muss die Fähigkeit haben, Erbe zu sein.

Sclaven und Peregrinen konnten keine Erben werden. Latini Juniani konnten keine hereditas erwerben (capere), wohl aber die bon. possessio agnosciren.

2. Im justin. Rechte hat im Allgemeinen jeder Freie Successionsfähigkeit. Jedoch fehlte sie seit Theodos[2] gewissen Häretikern und den Apostaten, und nach der dem Strafrecht des Alterthums in dieser Beziehung entsprechenden (vielleicht hier noch mildernden) Bestimmung von *Arcadius*[3] den Hochverräthern, und deren Kindern, und nur den Töchtern eines solchen sollte aus dem Vermögen ihrer

48) S. u. §. 265. — 49) Vgl. aber u. §. 264.

§. 250. 1) Vgl. aber o. §. 49. nr. I. S. 113. — 2) L. 5. Cod. de haeret. I. 5; cf. Nov. 115. c. 3. §. 14. c. 4. §. 8. — 3) L. 5. Cod. ad leg. Iul. mai. IX. 8.

Mutter ein Viertel als Erbtheil zufallen können. Heutzutage ist diese Successionsunfähigkeit aber unpraktisch, ebenso wie die Beschränkung der Successionsfähigkeit der Wittwe, welche das Trauerjahr verletzte [4]). Unpraktisch ist auch jetzt die von Arcadius und Honorius [5]) eingeführte Successionsunfähigkeit zwischen denjenigen, welche eine blutschänderische Ehe eingingen, deren Kindern und denjenigen, welche zu jener Ehe mitwirkten.

3. Ursprünglich waren alle juristischen Personen als personae incertae successionsunfähig. Jedoch erlangten unter den Kaisern Städte, Kirchen, milde Stiftungen und gewisse Corporationen überhaupt Successionsfähigkeit [6]).

4. Die Successionsfähigkeit muss vorhanden sein vom Augenblicke der Delation an bis zur Acquisition, und bei der testamentarischen Erbfolge auch im Augenblicke der Testamentserrichtung. Nur im Soldatentestamente genügt es, wenn der Eingesetzte zur Zeit der Delation erbfähig ist. Bei Legaten kommt ebenfalls der Zeitpunkt der Errichtung und ausserdem der des Erwerbes (dies legati cedens), nicht aber auch der Zeitpunkt, wo das Legat geltend gemacht werden kann (dies legati veniens) für die Successionsfähigkeit in Betracht [7]).

IV. Demjenigen, der Erbe werden will, muss die hereditas deferirt sein [8]), und derselbe muss sodann die Erbschaft erwerben [9]).

Von der gesetzlichen oder Intestaterbfolge.

§. 251. Nach altem Civilrecht [1]).

I. Die XII Tafeln beriefen zur hereditas des ohne Testament Verstorbenen zuerst die *sui heredes* [2]), d. h. die beim Tode des Erblassers in dessen unmittelbarer potestas Gestandenen (Kinder, Frau in manu und auch die bereits concipirten postumi sui) [3]). Diese werden ipso iure Erben, und hiessen desshalb sui et necessarii heredes, zum Unterschied von den Sclaven des Erblassers und den in mancipio des Erblassers Gewesenen, die, wenn sie von ihrem Herrn freigelassen und zu Erben eingesetzt waren, ebenfalls nothwendig Erben, heredes necessarii, wurden [4]). Da Sclaverei und

4) S. o. §. 231. S. 597 f. — 5) L. 6. Cod. de inc. et inut. nupt. V. 5. — 6) Vgl. Vering, Röm. Erbr. S. 265 ff., und u. §. 257. — 7) Vgl. auch Lassalle a. a. O. S. 288. — 8) S. o. §. 248. S. 654. — 9) S. u. §. 267.

§. 251. 1) Gai.-III. 1—17. (= Collat. XVI. 2. §§. 1—17.) 24. 39—76; Ulp. XXVI. XXVII. XXIX.; Paul. S. R. IV. 8—11; Th. Cod. V. 1; Inst. III. 1—8; Dig. XXXVIII.; Cod. VI. 55. (54.) sqq.; vgl. Vering, Röm. Erbr. S. 429 ff.; Danz a. a. O. II. §. 170. S. 125 ff.

2) Collat. XVI. 2. §. 1. und XVI. 4. §. 1. „Intestatorum hereditates lege duodecim tabularum primum ad suos heredes pertinent.“ — 3) S. o. §. 249. nr. I.

mancipium jetzt nicht mehr vorkommen, so nennt man jetzt die Notherben † heredes necessarii und die sui bloss sui heredes, ohne den Zusatz: et necessarii.

II. In Ermangelung von sui heredes wurde nach den XII Tafeln der *proximus agnatus* berufen[5]). Lehnte dieser ab, so fiel die hereditas sofort an die ganze *gens*[6]). Es fand kein Nachrücken der folgenden Agnaten statt (in legitimis hereditatibus successio non est)[7]). Aber der nächste Agnat konnte die hereditas delata, sed nondum acquisita einem Andern in iure cediren, der dann durch Antretung Erbe wurde, wie wenn er der nächste Agnat wäre. Wurde eine bereits acquirirte testamentarische oder Intestaterbschaft in iure cedirt[8]), so gingen nur die corpora hereditaria über, die Erbschaftsforderungen gingen unter, und für die Schulden blieb der Erbe haftbar. Wurde eine noch nicht deferirte legitima hereditas im Voraus oder eine nur erst deferirte hereditas testamentaria, zu der der Testamentserbe nur kraft besonderen persönlichen Vertrauens des Erblassers berufen war, in iure cedirt, so war der ganze Act nichtig. Wenn jedoch ein suus heres die hereditas in iure cedirte, so erklärten die Sabinianer diesen Akt für nichtig, während die Proculianer es hier so halten wollten, wie wenn ein extraneus heres post aditam hereditatem in iure cedirte[9]). In späterer Zeit verlor sich allmählich mit der Ausbildung des prätorischen Intestaterbrechtes die in iure cessio der hereditas ganz[10]).

III. Während der Republik wurden *Voconiana ratione* (d. h. im Geiste der *lex Voconia*, deren Tendenz es war, den Luxus der Weiber zu beschränken und daher zu grosse Erbschaften derselben zu verhindern[11]), die Weiber dahin beschränkt, dass von ihnen nur die *soror consanguinea* (die agnatische Schwester) als Agnatin zur Erbschaft berufen wurde. Dieser stand jedoch gleich die Mutter oder Stiefmutter in manu.

4) Gai. II. 153 sqq. Vgl. die auf reiches Quellenmaterial gestützten Ausführungen von Lassalle a. a. O. über den suus heres S. 225—240. S. 251 ff., über den necessarius heres S. 271 ff. Vgl. auch Bruns a. a. O. §. 92. S. 437.

5) Tab. V. fr. 4. (Ulp. in Coll. XVI. 4. §. 1.; Bruns, Fontes p. 17.): „Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto.“ cf. Gai. III. 9.: „Si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertinet ex eadem lege XII tabulorum ad agnatos.“

6) Tab. V. fr. 5.: (Ulp. in Coll. XVI. 4. §. 2; Bruns ib.): „Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento.“ Gai III. 17: „Si nullus agnatus sit, eadem lex XII. tabularum gentiles ad hereditatem vocat.“

7) Ulp. XVI. 5. — 8) S. oben §. 247. nr. V. S. 651.

9) Gai. II. 34 sqq.; III. 85 sqq.; Ulp. XIX. 11 sqq. — 10) Ueber die Veräusserung einer Erbschaft nach späterem Rechte vgl. o. §. 181. nr. I. und u. §. 270. — 11) Vgl. u. §. 257. nr. II. 8. §. 281. nr. II.

IV. Die Gentilität verlor schon gegen Ende der Republik ihre Bedeutung und hörte in der Kaiserzeit ganz auf.

V. Wenn der Erblasser ein Freigelassener war, so beriefen die XII Tafeln nach den suis desselben als Agnaten den Patron, die Patronin, die Descendenten des Patrons in familia [12]).

1. Durch jede capitis diminutio des libertus oder des Patrons oder der agnatischen Descendenten des letzteren hörte der Agnationsnexus und damit auch das auf diesem beruhende patronatische Erbrecht auf [13]). Die agnatischen Descendenten des Patrons succedirten als solche, nicht bloss wenn sie Erben ihres Vaters, sondern auch wenn sie von diesem exheredirt waren oder sich von dessen Erbschaft abstinirt hatten [14]). Es entschied absolut die Gradesnähe [15]). Mehrere Gleichnahe succedirten also in capita. Hinterliess daher der Patron von einem Sohne einen Enkel und von einem anderen Sohne mehrere Enkel, so beerbten diese den Grossvater nach Stämmen [16]), den libertus aber nach Köpfen [17]). Jedoch konnte nach einem SCtum unter Claudius der Patron durch assignatio den Liberten, d. h. seinen vermögensrechtlichen Anspruch aus dem Patronate, wenn er wollte, einem seiner Kinder allein zuweisen [18]).

2. Von dem Nachlass eines *Latinus Iunianus* [19]) war schon früher die Rede.

3. In Beziehung auf den Nachlass eines *dediticius* [20]) hatte die lex Aelia Sentia selbst nichts bestimmt. Die römischen Juristen unterschieden aber, ob der dediticius ohne seine turpitudo durch die Freilassung civis Romanus geworden wäre, in welchem Falle er wie ein civis ab intestato beerbt werden sollte, mit der selbstverständlichen Beschränkung freilich, dass er als peregrinus keine suos heredes haben konnte — oder ob er sonst Latinus Junianus geworden wäre, in welchem Falle es mit seinem Nachlass wie mit dem eines Latinus Junianus gehalten werden sollte [21]).

§. 252. Die Intestaterbfolge nach prätorischem Rechte [1]).

I. Practisch wurde die civilrechtliche Intestaterbfolge zunächst dadurch geändert, dass der Prätor die bonorum possesio ab intestato den folgenden ordines gewährte:

12) Gai. III. 40. 45. 49. — 13) Gai. III. 51; l. 2. de bonis libert. XXXVIII. 2. — 14) Gai. III. 58. 64; l. 9. de iure patr. XXXVII. 14. — 15) Gai. III. 60; Ulp. XXVII. 2. 3; l. 23. §. 1. de bonis libert. XXXVIII. 2. — 16) S. u. §. 254. nr. II. — 17) Gai. III. 61; Ulp. XXVII. 4. — 18) Dig. tit. de assign. libertis XXXVIII. 4. — 19) Vgl. o. §. 49. nr. VII. — 20) S. o. §. 49. nr. VII. — 21) Gai. III. 75. 76.

§. 252. 1) Vgl. die Quellen oben zu §. 249. M. s. auch Vering, Röm. Erbr. S. 619 ff.; Danz a. a. O. II. §. 181—182. S. 161 ff.

1. *Ex edicto Unde liberi* (d. h. ex ea parte edicti, unde liberi ad bonor. poss. vocantur)[2]) den suis et emancipatis, jedoch nur den emancipirten leiblichen Kindern, und auch nicht den durch Adoption oder Arrogation in eine andere Familie übergetretenen und noch darin befindlichen Kindern (dagegen allerdings den an einen leiblichen väterlichen Ascendenten in Adoption gegebenen, also eigentlich nicht in aliena familia befindlichen Kindern)[3]). Gerufen waren aber auch in Beziehung auf ihren emancipirten Vater die Kinder desselben, die in der grossväterlichen Gewalt zurückgeblieben waren, sowie die von dem emancipirten Sohne nach der Emancipation gezeugten Kinder rücksichtlich ihres Grossvaters. Bei den Emancipirten fungirte der Prätor, das Heraustreten aus der väterlichen Gewalt sei nicht geschehen[4]). Die Emancipirten wurden also berufen, wie wenn sie noch sui wären, und sie mussten daher allen seit der Emancipation gemachten Erwerb (mit Ausnahme des peculium castrense und quasi castrense) conferiren, d. h. in die Erbmasse einwerfen, und die Tochter, auch die sua, musste zum Zwecke der factischen Gleichstellung der Descendenten ihre dos conferiren. Es galt die successio in stirpes und von einer successio graduum konnte keine Rede sein, da nur sui, wirkliche oder fingirte, erbten[5]). Hatte der pater fam. den Sohn emancipirt und dessen Kinder in der potestas zurückbehalten, so sollten diese letzteren, die Enkel des Erblassers, zusammen die eine und ihr emancipirter Vater die andere Hälfte des Kindestheils erhalten. So bestimmte eine *nova clausula Iuliani*[6]) *de coniungendis cum emancipato liberis eius*, um den Conflict zu heben, der sonst eingetreten wäre, wenn nach prätor. R. der emancipirte Sohn seine eigenen, in der grossväterlichen Gewalt zurückgebliebenen Kinder ausschloss, während sie nach Civilrecht an der Stelle ihres emancipirten Vaters zur Beerbung des Grossvaters gekommen wären. (Jene Collationspflicht und nova clausula galten auch bei der *contra tabulas bonorum possessio*[7]).

2. *Ex edicto Unde legitimi* allen nach Civilrecht berufenen Erben, also den sui, dem proximus agnatus und den gentiles. Agnatinnen wurden hier aber nichtzugelassen. Auch waren alle Nachfolger des proximus agnatus ausgeschlossen, wenn dieser todt war. Jedoch ersehen wir aus Gaius[7a]), dass die Juristen in dieser Beziehung nicht einig waren. Justinian[8]) führte aber in dieser Classe auch eine successio graduum ein, d. h. Nachrücken der Agnaten des nächstfol-

2) L. 2. si tab. test. null. XXXVIII. 6. — 3) L. 3. §. 7. 8. de B. P. c. t. XXXVII. 4. — 4) L. 6. §. 4. de B. P. c. t. XXXVII. 4. — 5) S. u. §. 254. nr. III.; Vangerow II. §. 407. — 6) S. o. §. 17. S. 29. — 7) S. u. §. 261. — 7a) Gai. III. 28. — 8) §. 7. Inst. de leg. agn. succ. III. 2.

genden Grades beim Wegfall des vorhergehenden, schon bevor er durch Novelle 118. überhaupt für Intestaterben die successio graduum feststellte.

3. *Ex edicto Unde cognati* den Blutsverwandten überhaupt bis zum 6. Grade und aus dem 7. Grade noch dem sobrino sobrinave natus, d. h. wo der Erblasser 3 Grade und der Erbprätendent vier Grade römischer Computation vom gemeinsamen Stammvater entfernt war. Und zwar wurden die Cognaten hier berufen nach der Gradesnähe. Es fand hierbei von Anfang an † successio graduum, d. h. Nachrücken der folgenden Cognaten statt, wenn der vorhergehende Grad ablehnte. Gewiss war diese bon. p. unde cogn. schon zu Cicero's Zeiten vorhanden [9]), und wahrscheinlich entstand mit ihr gleichzeitig die bon. poss., die der Prätor, wenn keine Verwandten bon. poss. nachsuchten.

4. *Ex edicto Unde vir et uxor* dem überlebenden, nicht geschiedenen Ehegatten gewährte, mit dem der Verstorbene in iustis nuptiis (nicht in blossem matrimonium iuris gentium) gelebt hatte.

Durch sein *edictum successorium* [10]) hatte der Prätor auch eine allgemeine † *successio ordinum* eingeführt, wornach der suus zunächst in der Klasse Unde liberi, und wenn er es hier versäumt hatte, in der Klasse Unde legitimi, und wenn er es auch hier wieder versäumt hatte, in der Klasse Unde cognati die B. P. agnosciren konnte [11]), und ebenso der Agnat, welcher es in der Klasse Unde legitimi unterlassen hatte, immer noch in der Klasse Unde cognati die B. P. nachsuchen konnte, es sei denn dass er nur erst im 8. Grade Agnat oder nicht zugleich auch Cognat war. Eine † *successio graduum* fand aber, wie bemerkt, nur in der Klasse Unde cognati statt, bis Justinian [12]) dieselbe auch auf die Klasse Unde legitimi erstreckte.

II. 1. War der Erblasser ein F r e i g e l a s s e n e r [13]), so wurde der Patron in der zweiten Klasse unde legitimi gerufen. Die dritte Klasse waren die Cognaten (d. h. seit der Freilassung geborenen Kinder) des libertus, die vierte die familia patroni. Die fünfte Klasse bezog sich auf den Fall, wo der Patron selbst ein Freigelassener war, indem er dann die familia seines Patrons zu Agnaten hatte. In der sechsten Klasse folgte der überlebende Ehegatte des libertus, In der siebenten Klasse wurden dann noch die Cognaten des manumissor bis zum 6. resp. 7. Grade berufen [14]).

9) Cic. pro Cluent. c. 15. 60. — 10) Dig. XXXVIII. 9. [10.] Cod. VI. 16. — 11) L. 4. quis ordo XXXVIII. 15; l. 2. pr. unde legit. XXXVIII. 7; l. 1. §. 10—14. de success. edicto XXXVIII. 9. — 12) §. 7. Inst. de legit. agn. succ. III. 2. — 13) Vgl. auch o. §. 48. und u. §. 262. nr. IV. — 14) Ulp. XXVIII. 7.

2. Die lex Papia verlieh dem Patron und der ingenua patrona trium liberorum iure honorata auch ein Intestaterbrecht auf einen Kindestheil neben einem oder zwei Kindern eines *centenarius libertus*, d. h. eines Freigelassenen, der wenigstens 100,000 Sestertien (20 Sestertien = 1 Thaler) besass, also in der ersten Vermögens-Klasse war; waren aber drei oder noch mehr Kinder des Freigelassenen vorhanden, so fiel dieses patron. Erbrecht weg, und im justin. Rechte wurde der Patron überhaupt durch die Kinder des Freigelassenen, wenn auch nur ein oder zwei Kinder da waren, ausgeschlossen [15]).

III. Wenn ein aus dem *mancipium* von einem *extraneus* Freigelassener ohne Testament verstarb, so ging nach dem Edicte vor dem zweiten Grade, (den legitimi d. h. hier) vor dem Patron, die *Bonorum possessio unde decem personae*, d. h. die Cognaten des ersten und zweiten Grades (Vater, Mutter; Grossvater, Grossmutter; Sohn, Tochter; Enkel, Enkelin; Bruder, Schwester) vor [16]). Von dem quasipatronischen Erbrecht des *parens manumissor* wird später im Notherbenrecht die Rede sein [17]). Justinian hob die alte Emancipationsform und damit den extraneus manumissor und B. *Pio Unde decem personae* [18]) und durch die Bestimmungen der Nov. 118. auch das ganze quasipatronatische Erbrecht auf.

§. 253. Veränderungen im civilen Intestaterbrecht vor Justinian [1]).

I. Von den Cognaten erlangte zuerst unter Hadrian durch das *S. C. Tertullianum* (158 n. Chr.) die Mutter (quae *ter tulit* liberos), welche das ius liberorum (d. h. 3 Kinder, oder als Freigelassene in Rom 4, in den Provinzen je 1 Kind mehr) hatte, ein civiles Intestat-Erbrecht am Vermögen ihres Kindes neben der soror consanguinea des verstorbenen Kindes, jedoch erst nach dem Erbrecht der sui, des Vaters und des consanguineus frater. (Demgemäss war jetzt auch die Mutter schon in der Classe unde legitimi zur bon. poss. ihrer Kinder gerufen).

II. Unter Marc. Aurel erhielten durch das *S. C. Orfitianum* (178 n. Chr.) auch die Kinder, aber zunächst nur die Kinder ersten

15) Gai. III. 42; l. 16. de iure patr. XXXVII. 14; l. 145. de V. S. L. 16; Nov. Valentin. II. 25; Basil. lib. 49. tit. 1. l. 28. = l. 4. [restituta] Cod. de bon. lib. VI. 4. — 16) §. 3. 4. Inst. de B. P. III. 9. coni. c. §. 8. Inst. de leg. agn. succ. III. 2; l. 6. Cod. de emanc. VIII. 49. — 17) Vgl. u. §. 262. nr. IV. — 18) S. o. §. 238. nr. III.

§. 253. 1) S. C. Tertullianum: Ulp. XXVI. 8; Paul. S. R. IV. 9; Inst. III. 3; Dig. XXXVIII. 17; Cod. VI. 56. (55.) — S. C. Orfitianum: Ulp. XXVI. 7; Paul. S. R. IV. 10; Inst. III. 4; Dig. tit. cit; Cod. VI. 57. (56.) — De legitimis heredibus; Th. C. V. 1; Cod. Iust. VI. 58. (57.).

Grades, wenn sie cives Romani und ingenui waren, ein civiles Intestat-Erbrecht am Vermögen ihrer Mutter vor den andern legitimi heredes. (Die Kinder konnten nun demgemäss auch gegenüber der Mutter eine bon. poss. schon in der Klasse unde legitimi nachsuchen).

III. Constitutionen von Constantin, Valentinian, Anastasius und Justinian gewährten in einer Reihe weiterer Fälle an Cognaten und zwar theils an Descendenten, theils an Ascendenten, theils an Seitenverwandten ein civiles Intestat-Erbrecht[2]).

§. 254. Die Intestaterbfolge nach dem neuesten justinianischen Rechte[1]).

I. Justinian gewährte in der Novelle 118. den Cognaten überhaupt ein gleichkräftiges civiles Erbrecht, wie den Agnaten. Er schuf nun drei ordines, oder weil gewisse Seitenverwandte schon mit den Ascendenten, andere aber erst nach den Ascendenten berufen werden, eigentlich vier Klassen ordentlicher Intestaterben. Diese sind:

1. Die Descendenten in infinitum, welche beim Tode des Erblassers in unmittelbarem Verhältniss mit demselben stehen: also Enkel erben zusammen mit Kindern des Erblassers, wenn der Vater oder die Mutter, wodurch die ersteren mit dem Erblasser verbunden sind, früher gestorben war; mit Urenkeln zusammen, wenn auch der Enkel, von dem sie abstammen, nicht mehr lebt u. s. w. Gleichgültig ist, ob die Descendenten männlichen oder weiblichen Geschlechtes, ob der Verstorbene Vater oder Mutter war, und ob der Vater die Kinder bis zum Tode in der potestas hatte oder nicht[2]).

2. In Ermangelung von Descendenten sind gerufen die Ascendenten und zugleich mit diesen die vollbürtigen Geschwister des Verstorbenen. Wenn keine Ascendenten des Erblassers vorhanden sind, sollen nach Nov. 118. auch die Söhne und Töchter der vor dem Erblasser gestorbenen vollbürtigen Geschwister neben vollbürtigen Geschwistern des Erblassers, oder wenn auch keine solche vorhanden sind, allein berufen werden. Nach Nov. 127. sollen die Kinder vollbürtiger Geschwister des Erblassers aber auch neben

2) Vgl. die ausführliche Darstellung bei Vangerow Bd. 2. §. 409 f.; Vering, Röm. Erbr. S. 635 ff.; Danz, Röm. Rg. II. §. 172.

§. 254. 1) Nov. 118. (26. Juli 543); Nov. 127. praef. c. 1. (27. Aug. 547); cf. Nov. 18. (a. 537); Nov. 84. (a. 539). — Büchel, Streitfragen aus der Nov. 118. Marburg 1839; Vering, Erbr. S. 644 ff.

2) Vgl. auch Vering, Erbr. S. 659 f.

dessen Ascendenten *und* Geschwistern berufen werden. Im Geiste der Nov. 127. lässt man auch die vollbürtigen Geschwisterkinder neben blossen Ascendenten erben, was eigentlich der stricten Auslegung der Novelle als eines correctorischen Gesetzes zuwider ist.

3. Als dritte Klasse werden berufen die halbbürtigen Geschwister und die Söhne und Töchter verstorbener halbbürtiger Geschwister. Uneheliche und Adoptiv-Geschwister gelten als solche nur als halbbürtige.

4. Nach diesen sind berufen: Die Seitenverwandten in infinitum, nach der Gradesnähe, ohne Unterschied von vollbürtiger und halbbürtiger Verwandtschaft. Es kommt hier auch nichts darauf an, ob die Verwandtschaft eine einfache oder doppelte ist, während in den drei ersten Klassen, wenn in stirpes oder lineas succedirt wird[3]), derselben Person mehrfache Erbtheile gewährt werden, falls für sie durch jede einzelne Seite der mehrfachen Verwandtschaft für sich betrachtet ein Erbrecht begründet wird.

II. In jeder der vier Klassen gilt aber eine durchgreifende † *successio graduum*, d. h. wenn von denjenigen, welchen als den näheren Verwandten die Erbfolge angetragen war, Keiner die Erbschaft erwirbt, so werden nun die des nächstfolgenden Grades aus derselben Klasse berufen. Und ebenso gilt eine durchgreifende † *successio ordinum*, d. h. wenn entschieden ist, dass kein Verwandter der zunächst berufenen Klasse Erbe wird, so wird dann die nächstfolgende Klasse berufen.

Erst in Ermangelung aller Verwandten kommt es zu dem bestehen gebliebenen prätorischen Erbrechte des überlebenden Ehegatten.

III. Es gibt drei verschiedene Theilungsarten bei der Intestaterbfolge, nämlich[4]):

1. die *successio in capita*, d. h. es werden so viele Theile gemacht, als Köpfe zur Succession gerufen sind (Viriltheile, pars virilis). Die *successio in capita* findet statt, wenn in der ersten Klasse nur unmittelbare Descendenten ersten Grades (Söhne und Töchter), berufen sind; ferner für die in der zweiten Klasse berufenen Ascendenten (d. h. die dem Grade nach nächsten), wenn neben ihnen Geschwister oder Geschwisterkinder oder wenn neben ihnen beide zusammen berufen sind; ferner überhaupt für die in der zweiten Klasse berufenen vollbürtigen und in der dritten Klasse berufenen halbbürtigen Geschwister, sei es, dass sie allein oder dass sie mit Anderen zusammen berufen sind; und nach der unter den Glossatoren gegenüber *Accursius*, der für die allein dem Geiste der Nov. 118. ent-

3) S. nr. II. — 4) Vgl. **Vering**, Erbr. S. 650 f. 662 ff.; **Bruns** a. a. O. §. 89. S. 429 ff.

sprechende Stammtheilung war, von *Azo* vertheidigten, auch von Constantinus Harmenopulos[5]) vertretenen und vom Reichsschluss von Speyer v. J. 1529 festgestellten Ansicht, wie vor Nov. 118. auch, wenn bloss Geschwisterkinder, seien es vollbürtige in der zweiten Klasse, oder halbbürtige in der dritten Klasse, zur Erbschaft berufen werden, sowie endlich, wenn in der vierten Klasse gleich nahe Cognaten zur Succession berufen werden.

2. Die *successio in stirpes* ist die Theilungsart, wobei die mehreren entfernteren Verwandten des Erblassers zusammen nur so viel erhalten, als ihr vor dem Erblasser verstorbener oder erbunfähiger Ascendent erhalten haben würde, durch den ihre Verwandtschaft mit dem Erblasser vermittelt wurde. So erben in der ersten Klasse statt ihres verstorbenen parens die Enkel und ebenso die Urenkel des Erblassers zusammen so viel, als ihr Vater oder ihre Mutter, wenn dieser oder diese noch lebte, als Descendent des Erblassers erhalten haben würde. (Jedoch darf man hier nicht in dem unrichtigen Sinne von Repräsentation reden, als ob die Enkel nicht kraft eigenen Verwandtschaftsrechtes, sondern nur vermöge des Rechtes, das ihr verstorbener parens gehabt hatte, ein Erbrecht hätten). Ebenso tritt in der zweiten und dritten Klasse die successio in stirpes für Geschwisterkinder ein, wenn diese neben Ascendenten oder Geschwistern des Erblassers gerufen sind.

3. Die *divisio in lineas*, d. h. wenn der Verstorbene in der zweiten Klasse bloss von Ascendenten beerbt wird, so wird, wenn gleich nahe nächste väterliche und mütterliche Ascendenten da sind, die ganze Erbschaft in zwei Hälften getheilt, wovon die eine den väterlichen, die andere den mütterlichen Ascendenten zufällt, ohne Rücksicht darauf, ob ihre Zahl gleich gross ist, oder nicht, so dass also auf jeder Seite die dem Grade nach Gleichen wieder Kopftheile erhalten. Der nähere Ascendent auf der einen schliesst den entfernteren auf der anderen Seite aber immer aus.

Die Successionsordnung ändert sich nicht, wenn auch nach erfolgter Delation der Eine oder Andere der Berufenen wegfällt, und es geht das in der Natur der *hereditas* mit Nothwendigkeit begründete Anwachsungsrecht unter den zunächst Berufenen der *successio graduum* vor[6]). Der Grund ist, weil keine neue Delation statt-

5) Const. Harm. V. 8. §. 15.

6) Auch früher bei der successio in dem ordo unde liberi wurde stets bei bloss theilweisem Wegfallen der zuerst Berufenen nur das Anwachsungsrecht genannt, und liess man die successio erst dann eintreten, wenn alle zuerst Berufenen weggefallen waren. (§. 9. Inst. de B. P. III. 9.) Ueber die

findet, bevor alle, denen zunächst die Erbschaft deferirt ist, weggefallen sind [7]).

IV. Ein ausserordentliches neben Erben jeder Art und Klasse zur Geltung kommendes Erbrecht ertheilte Justinian zuerst überhaupt dem dürftigen Ehegatten [8]), später beschränkte er es auf die dürftige undotirte Wittwe [9]). Dieselbe hat keine hereditatis petitio und auch keine Klage wegen Verletzung des Pflichttheils, sondern eine Ergänzungsklage, wenn ihr ein geringer Betrag hinterlassen ist, oder sonst kann sie mit einer Forderungsklage oder im iudicium familiae herciscundae von den Erben des Mannes ein Viertheil des Nachlasses desselben ansprechen; jedoch erbt sie zusammen mit mehr als drei Kindern des Erblassers, so erhält sie nur einen Viriltheil, d. h. Kopftheil, niemals aber mehr als 100 ℔ Goldes; auch muss sie in den Erbtheil einrechnen, was ihr vom Manne durch Vermächtniss zugewandt ist; und erbt sie mit ihren eigenen Kindern, so erhält sie nur den Niessbrauch an ihrer Erbportion. An dem ihr von den Erben herausgegebenen quoten Theile des Nachlasses wird die Frau indirecte Universalsuccessorin [10]); jedoch soweit sie bloss Niessbraucherin wird, erhält sie keine Universalsuccession, ebenso wie auch der parens emancipator, wenn er im neueren Rechte, falls seine nicht mehr in seiner potestas stehenden Kinder die Mutter beerben, den Niessbrauch eines Stammtheiles erhält, nicht Universalsuccessor ist [11]).

V. *Liberi naturales*, d. h. Concubinenkinder, nach heutigem Rechte überhaupt *vom Vater anerkannte uneheliche Kinder*, wenn sie nicht ex damnato coitu hervorgegangen sind, können nach Justinian's Bestimmung zusammen mit ihrer Mutter ein Sechstheil des väterlichen Vermögens ab intestato beanspruchen, wenn keine legitime Gattin und keine ehelichen Kinder des Vaters da sind [12]). Und unter denselben Verhältnissen hat auch der pater naturalis ein Erbrecht gegenüber seinen natürlichen Kindern [13]). Alle unehelichen

richtige Auslegung der l. 2. §. 18. ad S. C. Tertull. XXXVIII. 17. vgl. Vering, Erbr. S. 636 und S. 666 Note 1; Schirmer, Erbr. §. 15. Anm. 33. — Anderer Meinung sind, weil sie ganz von dem Wesen der römischen hereditas und des Anwachsungsrechtes absehen, unter den Neueren namentlich Francke, Beiträge. nr. 8. S. 167 ff.; Brinz, Pand. §. 191; Windscheid §. 573 Note 5; Fitting im Archiv f. civ. Praxis. Bd. 57. nr. 9. Vgl. dagegen die in der folg. Note Citt.

7) Vgl. Vangerow Bd. 2. §. 420 f.; Mühlenbruch in der Forts. der Glück'schen Erläut. der Pand. Bd. 43. S. 272 ff.; Arndts im Rechtslex. Bd. 5. S. 695; Vering, Erbr. S. 665 f.

8) Nov. 53. c. 6. — 9) Nov. 117. c. 5. — 10) S. u. §. 280. — 11) Theod. II. et Valentin. III. a. 422. l. 3. Cod. de bon. matern. VI. 60. Vgl. o. §. 238. nr. V; Vering, Erbr. S. 394. 659. — 12) Nov. 18. c. 5. — 13) Nov. 89. c. 12. 13 f.

Kinder erben aber von ihrer Mutter und ihren mütterlichen Verwandten[14].

V. Von dem Erbrecht der *Adoptivverwandten* wurde schon früher gehandelt[15].

VI. Ebenso von dem Erbrecht in die *Peculien*[16].

VII. In den Nachlass eines Freigelassenen berief Justinian 1) die leiblichen Descendenten des Erblassers, auch die in der Sclaverei erzeugten, wenn sie nachher frei wurden, also mit Berücksichtigung der servilis cognatio[17]; 2) den patronus oder die patrona; 3) die leiblichen Kinder des patronus oder der patrona; 4) deren Seitenverwandte bis zum 5. Grade. Sowohl unter den Descendenten wie unter den Cognaten entscheidet durchgreifend Gradesnähe, und mehrere dem Grade nach Gleiche succediren in capita; wenn mehrere Patronsfamilien zusammentreffen, werden diese nach dem Vorbilde des Civilrechts wie e i n e Familie behandelt. 5) Nach jenen vier Klassen folgt hier dann endlich die B. Pio Unde vir et uxor. Der Patron des Patrons hat jetzt keinen Anspruch mehr, und nur der Patron selbst, nicht auch dessen Verwandte, haben noch einen Intestatanspruch an den Nachlass eines Kindes des Freigelassenen[18].

Vom testamentarischen Erbrecht[1].

§. 255. Geschichtliche Entwickelung der Testamente[2].

I. V o r d e n XII T a f e l n konnten d i e Patricier *calatis comitiis*, d. h. in den zwei Mal jährlich zu diesem Zwecke zu berufenden unter dem Präsidium des pontifex maximus abzuhaltenden

14) Vgl. o. §. 250. nr. III. 2.; V e r i n g, Erbr. S. 646 ff. — 15) S. o. §. 236. nr. VI. VII. VIII.; V e r i n g, Erbr. S. 648 ff. 394 f. — 16) S. o. §. 234. nr. II. ff. S. 607 ff.; V e r i n g, Erbr. S. 640 ff. — 17) §. 10. Inst. de gradibus. III. 6; bei Haloander: de servili cognatione III. 7. — 18) §§. 3. 4. Inst. de succ. lib. III. 7; §. 3 sqq. Inst. de B. P. III. 9; l. 4. [rest.] Cod. de bon. lib. VI. 4. = Basil. lib. XLIX. tit. 1., l. 28.

1) G a i. II. 101—111; U l p. XX.—XXIII. cf. XIII.—XVIII.; P a u l. S. R. III. 4. IV. 5; Greg. Cod. II. 6; Herm. Cod. XI. XII.; Theod. Cod. IV. 1.; Novellar. Theod. 16; Valentiniani 21. — Inst. II. 10—19; Dig. XXVIII. XXIX; Cod. VI. 21—36. 39. Nov. 107. 115.

§. 255. 2) G a i. II. 101—111; U l p. XX. 1—9; P a u l. III. 4a; Hermog. Cod. XI. XII.; Theod. Cod. IV. 4; Nov. Theod. 16; Valentiniani 21; Inst. II. 10. de testamentis ordinandis; Dig. XXVIII. 1. qui testamenta facere possunt et quemadm. testam. fiant. Man s. auch die oben §. 3. S. 5 citt. Testamentsurkunden. Vgl. V e r i n g, Röm. Erbr. S. 121—222; D a n z, Röm. Rgsch. II. §. 165. S. 109 ff.; B r u n s a. a. O. §. 90. und in seinen Fontes ed. II. pag. 147—153.; L a s s a l l e a. a. O. S. 103 ff. 62 ff. 112. Note 1.

Curiatcomitien durch Arrogation des Erben (und demgemäss auch unter feierlicher Lossagung desselben von den sacra seiner bisherigen familia und gens = *sacrorum detestatio)* ein Testament[3]) machen. Ausserdem konnten Patricier und Plebejer im Kriege *in procinctu* testiren, d. h. vor dem in Centurienordnung schlagfertig dastehenden Heere nach den feierlichen sacra ihren letzten Willen erklären[4]).

Die Plebejer haben wahrscheinlich vor den XII Tafeln im Frieden in der Weise thatsächlich testirt, dass sie einem guten Freunde (familiae emtor) ihr Vermögen mancipirten, mit dem pactum fiduciae, es ihnen bei Lebzeiten zu belassen und nach dem Tode des Mancipanten dieses oder jenes einem Anderen abzugeben. Wahrscheinlich bedurfte es noch einer Bestätigung der Testamente der gefallenen Krieger durch die Curiatcomitien, wie eine solche in alter Zeit überhaupt für Centurialcomitialschlüsse nöthig war[5]).

II. Erst durch das Gesetz der XII Tafeln kamen *eigentliche Testamente* auf, d. h. auf dem blossen freien Willen des Testators beruhende letzte Willensordnungen, welche die Einsetzung eines directen heres enthalten. Die XII Tafeln bestimmten, und zwar wohl hauptsächlich auf Andringen der Plebejer:

(Pater familias) *uti legassit* (super familia pecunia tutelave) *suae rei, ita ius esto,* und darauf führte man die Gültigkeit aller testamentarischen Verfügungen als autonomer Gesetze, als leges speciales des Testators zurück. Desshalb war in der ältesten Zeit bis auf Constantin und dessen Söhne[6]) auch eine gesetzgeberisch befehlende Form für die Erbeinsetzung und Legate nothwendig (z. B. Titius heres esto), und ebenso auch bis auf Theodos II.[7]) die lateinische Sprache.

Nach den XII Tafeln wurde nun das *testamentum per aes et libram* oder *per mancipationem* überhaupt recipirt[8]), namentlich

3) Ueber die Etymologie des Wortes testamentum (von testis, testari) vgl. Vering, Erbr. S. 136 Note 2. Gegen Jhering, der testis von tegere = decken ableitet und ihm deshalb schon an sich die Bedeutung eines Garanten des Rechtsgeschäftes beilegt (Geist d. r. R. I. S. 133 ff. der 1. Aufl.): vgl. Vering, Erbr. S. 137. Note 1 und jetzt Jhering selbst (Geist I. S. 144 Note 55). Ueber die Definitionen des testamentum bei den Römern vgl. auch die interessanten Quellennachweise bei Lassalle a. a. O. S. 57—61.

4) Gai. II. 101; Festus s. v. endo procinctu. — 5) Vgl. o. §. 14. S. 21. — 6) L. 15. Cod. de test. VI. 25; l. 21. Cod. de leg. VI. 37. — 7) Nov. Theod. tit. IX. fin.; l. 21. §. ult. Cod. eod.; l. 14. Cod. de testam. manum. VII. 2.; l. ult. Cod. de test. tut. VI. 28.

8) Eine an sich schon unwahrscheinliche und durch keine äusseren Anhaltspunkte unterstützte Hypothese, welche schon dadurch widerlegt wird, dass das älteste Testament nicht per mancipationem, sondern calatis comitiis errichtet

wenn der Erblasser[9]) subita morte urgebatur; und weil jetzt die Einwilligung des Volkes nicht mehr nothwendig war, so verloren sich allmählich die testamenta calatis comitiis und später auch die in procinctu ganz. Die älteste Form des Mancipationstestamentes war die, dass der familiae emtor selbst heredis loco war, und mit ihm das pactum fiduciae über die Vertheilung von legata u. dgl. geschlossen wurde. Um auch Mehrere zugleich und auch Weiber zu Erben einsetzen und auch bei Abwesenheit des Erben und auch unter einer Bedingung und um auch schriftlich mit noch verheimlichtem Inhalte testiren zu können, änderte man aber schon früh das Mancipationstestament dahin, dass man nun dicis gratia, d. h. als blosse sollenne Form, die familia an den familiae emtor mancipirte[10]), und dann entweder mündlich oder gewöhnlich schriftlich den Zeugen, deren hier unter Hinzurechnung des libripens und des familiae emtor 7 waren, und die dabei sich mit dem Testator in

wurde, stellte Münderloh (Aus der Zeit der Quiriten. Weimar 1872. S. 104) auf: Die Quiriten hätten die Verlassenschaften der im Kriege mit ihnen gefallenen Männer aus dem Volke der Römer für öffentliches Gut erklärt und im Interesse des demnächst für das geeinigte Volk der Quiriten und Römer bestimmten Aerars an den Meistbietenden verkauft. Man habe das ganze Anwesen, wie es ging und stand, versteigert, und der Meistbieter, der familiae emtor, das Ganze mit allen Activen und Passiven wie ein Universalerbe übernommen. Man habe dabei auch eine Stellvertretung in der Weise gestattet, dass ein Meistbieter eine Erbschaft im erklärten Auftrage eines Dritten erstanden habe, und damit sei die Grundform des römischen Mancipationstestamentes in seinem zweiten späteren Entwickelungsstadium gegeben. Der Fall aber, wo ein Käufer ohne Vertretung eines Dritten für sich selbst kaufe, sei die Grundform des noch im ersten Stadium der Entwickelung begriffenen Privattestamentes. Der Fiction nach sei es nicht der Erblasser, sondern die durch den libripens und die fünf Mancipationszeugen repräsentirte Behörde der Quiriten, welche den Nachlass verkaufe und die Universalsuccession in's Leben rufe. — Den Ursprung des Satzes: *nemo pro parte rel.* leitet Münderloh S. 124 ff. davon her, dass die Behörde der Quiriten beim Ausschreiben eines Verkaufes eines nachgelassenen Anwesens, damit nicht bloss rücksichtslose, vor keinem Streite mit den Intestaterben zurückschreckende Speculanten als Käufer aufträten, die generelle Zusicherung ertheilt habe, niemals und unter keinen Umständen solle der Käufer in die Lage kommen, mit den Intestaterben des Verstorbenen in eine Gemeinschaft treten zu müssen, und sollte zufällig in Folge eines Uebersehens irgend ein Erbschaftsantheil zur Zeit der Auflösung der Behörde noch nicht verkauft sein, so solle jeder derartige Fall so angesehen werden, als ob der Theilkäufer das Ganze gekauft hätte. — Die *cretio* (s. u. §. 268. nr. IV.) leitet Münderloh S. 127 f. von einem Kaufe der Erbschaft auf Besicht und unter Bedenkzeit her: der Käufer habe sich eine bestimmte Frist vorbehalten, um hinzugehen und an Ort und Stelle den Nachlass zu besehen *(adire et cernere)*.

9) Vgl. Gai. II. 102. — 10) Vgl. Vering, Erbr. S. 178 ff.

demselben Raume *(unitas loci)*, also in unmittelbarer Präsenz (in conspectu testatoris) befinden mussten, den Inhalt des Testamentes darlegte. Dieser zweite Act hiess *nuncupatio* und musste, weil er seine Rechtskraft von der mancipatio erhielt, in ununterbrochener Verbindung mit dieser stehen *(unitas actus)*. Die tabulae testamenti, die der Testator meistens nicht selbst schrieb, sondern von einem Andern, gewöhnlich von einem *testamentarius*, d. h. von Jemanden der das Testamentschreiben als Gewerbe betrieb, schreiben liess, mussten auch bis auf Theodos II. und Valentinian III.[11]) innerhalb eines Kalendertages geschrieben werden *(unitas temporis)*. Sie wurden vom Testator und den Zeugen unterschrieben, ferner von den Zeugen zunächst von innen, sodann wie in der Kaiserzeit aufkam, um den Verschluss der mit Bindfaden aufeinander gebundenen tabulae zu bewirken, auch von aussen besiegelt und unterschrieben.

Gai. II. 104: Qui facit testamentum, adhibitis sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emtor utitur: *familiam pecuniamque tuam endo* [= *in*] *mandatelam tutelam custodelamque meam (esse aio eaque) quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam hoc aere*, et ut quidam adiiciunt *aeneaque libra, esto mihi empta;* deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori velut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: *Haec uti in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor itaque vos, Quirites, mihi testimonium perhibetote;* et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.

III. Der Prätor ertheilte bereits eine bonorum possessio secundum tabulas, wenn er fand, dass die tabulae non minus, quam e lege oportet, signis signatae erant (d. h. 7 unverletzte Siegel trugen), indem er dann die ordnungsmässig vorausgegangene Mancipation präsumirte und es auf die etwaige Anfechtung des Testamentes ankommen liess.

IV. Seit Marc Aurel sollte aber das Testament prätorischrechtlich gegenüber den Intestaterben wirksam sein (bonorum possessio secundum tabulas cum re), wenn auch bloss tabulae septem testium signis signatae ohne Mancipation vorlägen. Der Testator hatte es also jetzt in der Hand, ob er ein civilrechtliches oder ein prätorisches Testament errichten wollte.

V. Eine Novelle von Theodos II. verschmolz aber das prätor. und civilrechtliche Testament, indem sie die Mancipation überhaupt erliess und dadurch das gewöhnliche sog. testamentum † privatum

11) L. 21. pr. Cod. h. t. VI. 23.

sollenne vor 7 Zeugen, welches auch im justin. Recht[12]) so geblieben ist, begründete.

§. 256. Die Testamentsformen des heutigen Rechtes[1]).

I. *Testamentum † privatum sollenne.* Die Erfordernisse desselben erklären sich noch grösstentheils von dem alten testamentum per mancipationem et nuncupationem her.

1. Der Testator erklärt mündlich oder schriftlich seinen letzten Willen vor 7 fähigen Zeugen. Die Zeugen müssen mündige Männer, bei den Römern mussten sie auch cives Romani oder Latini sein; ferner dürfen sie nicht intestabiles, stumm, taub oder verstandeslos sein; und während ursprünglich die Zeugen nicht mit dem familiae emtor durch das Band der potestas verbunden sein durften, so sind nach Justinian's Bestimmung die Erben und die mit diesen durch potestas verbundenen Personen (nicht aber auch die Legatare) unfähig, Zeugen zu sein. Die Zeugen müssen auch noch im neuesten Rechte, wie beim alten Mancipationstestamente specialiter rogati, d. h. einzeln um die Zeugnissleistung ersucht, sowie auch voluntarii und in conspectu testatoris, d. h. in demselben Raume mit dem Testator sein, um sich von der Identität desselben zu überzeugen *(unitas loci)*. Auch muss, wie ursprünglich zwischen der mancipatio und der ganzen nuncupatio, noch immer *unitas actus*, nicht aber mehr nothwendig unitas temporis[2]) vorhanden sein. Diocletian[3]) gewährte jedoch *pestis tempore* den Zeugen Nachsicht von der unitas loci, so dass sie auch in einem anstossenden Zimmer, von wo sie den Testator sehen können, zubringen und einzeln hinzugehen und signiren dürfen, und nach Justinianischem Rechte sollen auch kleine Unterbrechungen wegen Befriedigung von Leibes- oder anderen Bedürfnissen nicht mehr schaden.

2. Wenn das Testament schriftlich war, so wurde es entweder fertig vom Testator vorgelegt, oder erst in Gegenwart der Zeugen niedergeschrieben. Die Zeugen brauchen hier den Inhalt und die Sprache des Testamentes nicht zu verstehen. Ist das ganze Testament vom Testator eigenhändig geschrieben *(testamentum † holographum)*, und dieser Umstand und die Person des Testators ausdrücklich darin erwähnt, so bedarf es der Unterschrift des Testa-

12) L. 21. Cod. de testam. VI. 23.

§. 256. 1) Vgl. die Titt. der Inst. II. 10. et Dig. XXVIII. 1. zu §. 247. S. 529; Cod. VI. 23. de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur. [Die lex. 1. dieses Titels, ein Rescript von Hadrian, ist die älteste Constitution des justinian. Codex]. Vering, Röm. Erbr. S. 222 ff.; Unger a. a. O. §. 10 u. 11.; Vangerow II. §. 444 ff; Windscheid III. §. 540 ff.

2) S. den vorigen §. — 3) L. 8. Cod. de testam. VI. 23.

tors nicht weiter. Im anderen Falle *(testamentum † allographum)* muss der Testator selbst, oder kann er dieses nicht, ein testis octavus für ihn unterschreiben[4]). Nach einer besonderen Verordnung Justinian's sollte der Testator beim testamentum allographum wenigstens den Namen des Erben mit eigener Hand beifügen[5]), aber Justinian hob dieses wieder auf[6]). Das Material, auf welchem das Testament geschrieben wird, ist gleichgültig[7]), und ebenso schadet es der Gültigkeit des Testamentes nicht, wenn etwas darin durchstrichen oder überschrieben ist[8]); nur Zeichenschrift ist dabei gänzlich verboten[9]).

3. Nach dem *S. C. Libonianum* vom Jahre 769 d. St. ist Alles, was der Testamentschreiber *(testamentarius)* niederschreibt, dass es direct oder indirect ihm zugewandt sei, ungültig, und es treffen ihn die Strafe der lex Cornelia de falsis, es sei denn, der Testator hätte generell am Schlusse des Testaments oder sogleich speciell ausdrücklich die Zuwendung an den tetamentarius bestätigt, oder dass der Schreiber des Testaments der einzige nächste Intestaterbe gewesen wäre.

4. Die Zeugen müssen unterschreiben und untersiegeln. Letzteres kann auch mit einem fremden, sowie mit demselben Siegel geschehen. Heutzutage ist die zweite äussere Besiegelung durch die Zeugen, die zum Zwecke des Verschlusses geschah, weggefallen.

5. Es kann auch der Name der Erben noch für eine spätere Urkunde, die dann aber Codicillarform[10]) haben muss, vorbehalten werden *(testamentum † mysticum)*.

6. Ist das *Testament mündlich,* so muss es den Zeugen in einer ihnen allen verständlichen Weise vom Erblasser mitgetheilt werden. Oft wird dann zur Sicherung des Beweises von den Zeugen sogleich noch eine Urkunde über den Inhalt aufgenommen und unterschrieben *(testamentum † nuncupativum in scripturam redactum)*.

II. *Testamenta † publica.*

1. *Testamentum † iudiciale.* Dieses ist erst durch Gewohnheit unter den christlichen Kaisern aufgekommen; jedenfalls besteht es schon seit Theodos II.[11]). Der Testator gibt in Person seinen letzten Willen entweder gerichtlich zu Protocoll *(testament. † apud acta sive gesta conditum)*, oder er übergibt denselben niedergeschrieben persönlich dem Gerichte zur Aufbewahrung, und das Gericht hän-

4) L. 21. pr.; l. 28. Cod. h. t. — 5) L. 29. Cod. h. t. — 6) Nov. 119. c. 9. — 7) §. 12. Inst. h. t.; l. 15. Cod. eod.; l. 1. pr. l. 4. de B. P. s. t. XXXVII. 11. — 8) L. 12. Cod. h. t. — 9) L. 6. §. ult. de B. P. XXXVII. 1. — 10) S. u. §. 277. nr. V. — 11) Vgl. l. 18. 19. Cod. h. t. VI. 23.

digt dem Testator dann einen Depositenschein darüber aus (*testamentum † iudici oblatum).*

2. Honorius und Theodosius[12]) gestatteten die Uebergabe der Testamentsurkunde an den Regenten zur Aufbewahrung als Testamentsform (*testamentum † principi oblatum*). Dieses ist jetzt, ausser bei Gliedern der Regentenfamilie, unpraktisch, ebenso wie auch unpraktisch ist

3. das vom canonischen Rechte gestattete, von der Notariats-Ordnung v. 1512 nicht bestätigte, und nur in einigen deutschen Ländern recipirte *testamentum † coram parocho atque duobus testibus*, d. h. eine Erklärung des letzten Willens vor dem Pfarrer und zwei Beweiszeugen[13]).

III. Ausserordentliche Testamentsformen.

1. Erschwert ist nach Verordnung von Justinus das Testament des Blinden. Der Blinde soll nämlich immer mündlich seinen Willen erklären, unter näherer Beschreibung der Personen und Gegenstände. Es soll aber der letzte Wille des Blinden aufgeschrieben, ihm vorgelesen, mit dem Vermerk, dass dieses geschehen sei, versehen und ausser von den 7 Testaments-Zeugen auch von einem octavus testis subscriptor unterschrieben werden[14]).

2. Taubstumm Geborene sollten nach Justinian's Entscheidung gar nicht testiren; jetzt können sie es, wenn ihre Geisteskräfte entwickelt sind. Stumme sollen nach Justinian's Bestimmung schriftlich *sua manu* testiren[15]).

3. Soldaten konnten seit Augustus auf jede beliebige Weise testiren[16]); Justinian[17]) beschränkte dieses beneficium auf die milites in expeditionibus occupati, und die Notar.-Ordn. v. 1512[18]) verlangt auch da mindestens zwei Zeugen und gestattet nur während der Schlacht das ganz formlose Testament. Während der Soldat in Garnison liegt, hat er jetzt gar kein beneficium. Das Soldatentestament bleibt gültig bis ein Jahr lang post missionem honestam, d. h. nach ehrenvollem Abschiede vom Soldatenstande.

4. *Testamentum parentum inter liberos*[19]). Schon Theodos II. gestattete den Ascendenten, wenn sie nur ihre Descendenten, seien es auch nicht allein die nächsten Intestaterben, zu Erben einsetzen

12) L. 19. Cod. h. t. VI. 23. a. 413. — 13) Alex. III. c. 10. x de testam. III. 26. — 14) Iustinus l. 8. Cod. qui t. fac. VI. 22. (fast wörtlich übersetzt in der Notar.-O. von 1512 unter dem Tit. von Testamenten §. 9.; cf. Th. et Valent. l. 21. pr. Cod. de testam. VI. 23; Iustinian. l. 28. §. 1. Cod. eod. — 15) L. 10. Cod. h. t. VI. 23. — 16) Vgl. o. §. 247. nr. X. S. 653; Gai. II. 109—111; Ulp. XXIX. 10. — 17) Inst. de mil. testam. II. 11; Vering, Erbr. S. 228 ff. — 18) Not.-Ordn. v. 1512.; Tit. von Testamenten §. 2. — 19) L. 21. §. 3. Cod. de testam. VI. 23; Nov. 107; cf. Nov. 118. c. 7.

oder mit Legaten bedenken wollten, dieses durch eine einfache schriftliche Urkunde zu thun, wenn sie nur darin eigenhändig die Namen der Erben, und den Erbtheil eines jeden mit Worten, und auch das datum temporis et loci niederschrieben. Auch Enterbungen können darin vorkommen; für Vermächtnisse an extranei bedarf es aber der Zuziehung von 5 Zeugen, d. h. der Codicillarform. Ein solches Testament hat keine vis rumpendi gegenüber einem anderen gültigen Testamente. Die Reichsgesetze verlangen für das testamentum parentum inter liberos die Zuziehung von zwei Zeugen, was aber bloss auf den Fall zu beziehen ist, wo dieses Testament mündlich errichtet wird.

Verschieden davon ist die von Constantin für den Fall der Vertheilung der Erbschaft unter die sui et emancipati gestattete[20]), von Theodos II. und Valentinian III.[21]) auf alle Descendenten ausgedehnte blosse *divisio parentum inter liberos*, durch eine von den Eltern oder sämmtlichen Kindern unterschriebene Urkunde, ohne weitere Form, um so unter den als *Intestaterben* eintretenden Kindern gültig die Theilung vorzunehmen.

5. Justinian führte auch das *testamentum ruri conditum*[22]) ein. Auf dem Lande sollen, wenn keine 7 Zeugen vorhanden sind, 5 genügen. Von diesen sollen die des Schreibens Kundigen für sich und für die anderen, welche nicht schreiben könnten, in deren Gegenwart mitunterschreiben dürfen. Aber letzteren Falls müssen alle Zeugen den Inhalt des Testaments erfahren, um nach dem Tode des Erblassers vor Gericht eidlich darüber auszusagen.

6. Das canon. Recht[23]) verlangt für das *testamentum † ad pias causas*[24]) bloss zwei Beweiszeugen, die also auch Weiber sein können, und statt deren auch andere Beweismittel genügen.

§. 257. Von der testamenti factio.

Testamenti factio bezeichnet:

I. die Fähigkeit ein Testament zu errichten (jetzt sog. *testamenti factio † activa*). Diese Fähigkeit hat im Allgemeinen jede mündige sui iuris persona. Sie muss vorhanden sein bei der Errichtung des Testaments; wenn sie auch später wegfällt, schadet

20) L. 1. Cod. Th. fam. herc. II. 24. — 21) L. 21. §. 1. Cod. de testam. VI. 23. — 22) L. 31. Cod. de testam. VI. 23. a. 534; Nov. 73. c. 9.; Basilicor. XXXV. 2. c. 25. — 23) Greg. IX. c. 4. x. de testib. III. 26; Alex. III. c. 11. eod. — 24) Vgl. o. §. 62. nr. IV. S. 142; Vering, Erbr. S. 822 ff. u. die dort. Citt.

§. 257. 1) Gai. II. 112—14; Ulp. XX. 10—16; Paul. S. R. III. 4. a; Inst. II. 12. Quibus non est permissum testamentum facere; Dig. XXVIII. 1; Cod. VI. 22. Qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant. Vgl. Vering, Röm. Erbr. Cap. X. S. 237 ff.; Unger §. 9. §. 14; Windscheid §. 539. §. 546 ff.; Lassalle a. a. O. S. 145 ff.

dieses nicht, es sei denn, dass der Testator in eine Stellung kommt, in welcher er nicht mit einem Testamente versterben kann[2]). Die testamenti factio activa mangelte den Sclaven, Latini Iuniani, dediticii, deportati und Exilirten, den improbi et intestabiles[3]). Latini coloniarii konnten testiren, weil sie das ius commercii hatten. Sonstige Peregrinen konnten zwar nicht nach röm. Civilrecht, aber doch nach ihrem Landrechte testiren. Die test. fact. fehlte ferner dem libertus, wenn nicht der Patron in die Testamentserrichtung einwilligte, den Haussöhnen (ausser über das peculium castrense und quasi castrense; nach canon. Recht könneu sie auch mit Einwilligung des Vaters ad pias causas über das pecul. adventicium testiren); sie fehlt den Wahnsinnigen, prodigi, Unmündigen (mit Ausnahme der Vestalin), den spadones bis zum 18. J., bis zum neueren Rechte auch den Tauben und den Stummen, im justin. R. nur noch den Taubstummgeborenen[4]), im älteren Rechte auch Weibern[5]). Ein S. C. unter Hadrian gewährte aber den Frauen überhaupt das Recht, tutore auctore, also ohne vorherige coemtio[6]), ein Testament zu errichten, und mit Wegfall der Geschlechstutel fiel später auch die Nothwendigkeit der auctoritas tutoris von selbst weg. Unpraktisch ist es jetzt auch, wenn nach röm. R. derjenige nicht testiren konnte, qui de statu suo incertus est, dubitat, errat, (indem der dubitans, certam und der errans veram legem testamento dicere non potest)[7]). Schon nach klass. R. konnte übrigens den Mängeln der Testirfähigkeit durch kaiserl. Rescript abgeholfen werden[8]).

II. die Fähigkeit, in einem Testamente als Erbe oder Vermächtnissnehmer bedacht oder als Vormund ernannt zu werden, (sie wird jetzt *testamenti factio* † *passiva* genannt; bei den Römern hiess sie *testamenti factio cum testatore*)[9]). Sie stand im Allgemeinen allen römischen Bürgern zu und heutzutage hat sie Jeder. Sie fehlt aber 1. den Successionsunfähigen[10]), 2. den intestabiles[11]), 3. den Sclaven. Ueber die Einsetzung von Sclaven des Erblassers[12]) wurde in der Lehre von der Sclaverei gehandelt, ebenso wie über die Einsetzung fremder Sclaven[13]). 4. Die Peregrinen hatten keine test. fact. pass., ausser wenn ihnen ausnahmsweise das commercium selbst mortis causa ertheilt war, wie den Latini Iuniani. 5. Alieno iuri subiectae personae hatten, bis sich die Peculien entwickelten, die testamenti factio nur für ihren Gewalthaber, soweit dieser die testamenti factio

2) S. u. §. 265. — 3) S. o. §. 52. S. 127 f. — 4) L. 10. Cod. qui test. fact. poss. VI. 22. — 5) Vgl. o. §. 244. S. 639. — 6) S. o. §. 224. S. 569. — 7) Ulp. l. l. 14. 15. h. t. XX. 11. — 8) Paul. l. 43. pr. de vulg. et pup. subst. XXVIII. 6; cf. l. 11. h. t. XXVIII. 1. — 9) Vgl. Ulpian. fragm. XXII. §. 1. „Heredes institui possunt, qui testamenti factionem cum testatore habent." — 10) Vgl. o. §. 250. nr. III. — 11) S. o. §. 52. nr. II. S. 127 f., auch Lassalle S. 22 Note 1. — 12) Vgl. o. §. 47. nr. I. 3. S. 106 f. — 13) Vgl. o. §. 43. nr. IV. S. 94.

cum testatore hatte. Ferner fehlte die testamenti factio passiva im alten Rechte 6. den Unmündigen, wie 7. den Weibern so lange, bis die ältere Form des Mancipationstestaments sich änderte. 8. Auch sollten nach der mit dem Census im 3. Jahrht. n. Ch. ausser Gebrauch gekommenen lex Voconia v. J. 585 d. St.[14]) Weiber, ausser Vestalinnen, nicht von einem Classicus, d. h. in der ersten Vermögens-Klasse (= auf 100,000 Asses, später Sestertien) Censirten zu Erben eingesetzt werden. 9. Ueber die Beschränkungen der testamenti factio wegen Verletzung des Trauerjahres[15]) und 10. wegen Wiederheirath wurde früher schon gehandelt[16]). 11. In der Kaiserzeit kam auch der Satz auf, dass solche Personen nicht eingesetzt werden können, in deren Einsetzung eine turpitudo liegen würde, z. B. wenn man litis causa, d. h. um einen Prozessgegner zu benachtheiligen oder um einen Ungültigkeitsgrund des Testamentes unschädlich zu machen, den princeps einsetzte[17]) (eine jetzt unpraktische Bestimmung), oder wenn man, seit Justinian im Uebrigen auch die Einsetzung von postumi überhaupt gestattete, einen postumus von Personen, die sich nicht heirathen dürfen[18]), einsetzte[19]). 12. Concubinenkinder und deren Mutter sollte nach neuestem justinian. Rechte[20]) der Vater, wenn er legitime Descendenten hatte, höchstens auf $^1/_{12}$ seines Vermögens einsetzen können. 13. Endlich mangelte die test. fact. pass. von jeher den *personae incertae*[21]), d. h. a) sowohl den ungenügend bezeichneten physischen Personen, die an sich vielleicht erbfähig sind, von denen man aber nicht weiss, wen der Testator meinte[22]), als auch um so mehr denjenigen, von denen der Testator selbst keine bestimmte Vorstellung hatte, weil ihre Individualität erst durch etwas Zukünftiges erkennbar wird[23]); b) den *postumis*[24]); c) juristischen Personen[25]).

Ad a). Es konnten aber schon vor Justinian Erbeinsetzungen gültig dahin lauten, qui primus *ex cognatis meis* ad funus meum venerit, heres esto, d. h. wenn bloss die Festsetzung des Erben aus einer gewissen Kategorie von Personen dem Zufall überlassen blieb[26]). Auch liess man die Erbeinsetzung gelten, wenn der künf-

14) Vgl. u. §. 281. II. — 15) Vgl. o. §. 231. S. 597. — 16) Vgl. o. §. 232. S. 599. — 17) L. 91. D. h. t. XXVIII. 5; §. 8. Inst. q. m. testam. infirm. II. 17. — 18) S. auch §. 221. S. 557. ff. — 19) §. 28. Inst. de legat. II. 20; die l. l. 13. 14. de his quae ut indig. XXXIV. 9. enthalten einen Indignitätsfall. — 20) Nov. 89. c. 12. — 21) Gai. II. 238. — 22) Quoties non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet: l. 62. §. 1. h. t. XXVIII. 5. — 23) Quas incerta opinione animo suo subiecerat testator: §. 25. Inst. de legat. II. 20. — 24) Gai. II. 241. 242. 287. — 25) Ulp. XXII. 5.

26) Gai. II. 238; Ulp. XXII. 4. — 27) L. 14. de reb. dub. XXXIV. 5. — 28) §. 25. 27. de legat. II. 20; cfr. pr. Inst. de B. III. 9. — 29) Bruns, Fontes. ed. 2. pag. 88. — 30) Danz II. S. 100.

tige Umstand, durch welchen die bedachte Person bestimmt wurde, noch vor die Perfection des Testamentes fiel, z. B., wenn es hiess, wer mein Testament untersiegeln wird, soll mein Erbe sein[27]). Seit Justinian war sogar schlechthin die incertae personae heredis institutio: z. B. quisquis primus ad funus meum venerit, nach einer verloren gegangenen in den Institutionen[28]) erwähnten Constitution de personis incertis gültig.

Ad b). Es wurden die *postumi sui* schon vor Justinian nach und nach theils durch die Jurisprudenz, theils durch besondere Gesetze institutionsfähig. Postumi sui sind alle, welche erst nach Errichtung des Testamentes durch Geburt (agnatio) oder quasi agnatio (Arrogation oder Legitimation oder im alten Rechte auch durch in manum conventio) oder durch Wegfallen der Mittelspersonen in die unmittelbare Gewalt des Testators traten oder schon bei Lebzeiten des Testators concipirt waren und in dessen unmittelbare potestas gekommen sein würden, wenn sie noch bei Lebzeiten des Testators geboren wären. Schon nach ziemlich altem Rechte konnten eingesetzt werden und sollten vom Vater die bereits zur Zeit der Testamentserrichtung concipirten postumi sui, sog. *postumi † legitimi*, Kinder oder Enkel, die nach seinem Tode erst geboren werden, eingesetzt werden. Die bei Lebzeiten des Testators bereits dessen sui werdenden postumi wurden nach und nach durch verschiedene von Gallus Aquilius, einem Zeitgenossen Cicero's, durch die zwei Kapitel der lex Iunia Velleia unter Augustus im J. 763 d. St.[29]) und von Salvius Julianus erfundene Formeln[30]) institutionsfähig und die beiden letzten Klassen auch exheredationsfähig. (Man spricht demgemäss von postumi † *Aquiliani*, † *Velleiani primi* und *secundi capitis*, und postumi † *Iuliani*)[31]). Justinian fügte hinzu, dass, wenn die Erbeinsetzung des postumus suus auch nur für einen Fall, wie ein solcher agnasciren konnte, erfolgt sei, dieselbe doch auch auf alle anderen Fälle des Agnascirens eines postumus bezogen werden solle[32]). Eingesetzten *alienis postumis* (d. h. den eigenen Descendenten des Testators, die nicht unter dessen sui fallen, und den noch nicht geborenen oder künftig zu adoptirenden Kindern eines Anderen) gewährte der Praetor, wenn sie beim Tode des Testators

31) Darüber handelt die lex [Gallus] 29. Dig. de lib. et post. hered. instit. vel exher. XXVIII. 2; §. 1 sqq. Inst. de exher. lib. II. 13. Vgl. Vering, Röm. Erbr. S. 256 ff. Vangerow, Pand. II. §. 468. gab einen gut emendirten Textabdruck dieser, wegen ihrer angeblichen Unerklärbarkeit zu den † septem cruces iurisconsultorum oder † leges damnatae (vgl. dieselben bei Rudorff, Röm. R.-Gesch. I. S. 340) gehörigen aber auch in den Ausgaben des corpus iuris mehr oder minder verstümmelten Stelle.

32) C. 4. de postum. hered. VI. 29; vgl. u. §. 261. nr. III.

zum Mindestens bereits gezeugt waren, eine bonor. poss. sec. tabulas[33]). Nach Justinian's Constit. de incertis personis[34]) sind alle bei Lebzeiten des Testators bereits gezeugten postumi, sui wie alieni, institutionsfähig

Ad c). Von den juristischen Personen hatten schon nach klassischem Rechte Muncipien gegen ihre Freigelassenen[34a]), ferner civitates und gewisse collegia und in Folge besonderer Verleihung einzelne Gottheiten überhaupt die testamenti factio passiva[35]). Im justinian. R. haben dieselbe die christlichen Kirchen (seit Constantin), die milden Stiftungen und die Städte allgemein[36]), andere Collegien aber nur in Folge besonderer Verleihung[37]). Die Annahme eines Legates hatte ein SC. unter Marcus jedem erlaubten Collegium (Verein, Genossenschaft) gestattet[38]).

Ob auch eine zur Zeit der Errichtung des letzten Willens noch nicht vorhandene, sondern erst durch ihn zu schaffende juristische Person (z. B. ein gemeinnütziges Institut, eine fromme Stiftung) erbeinsetzungsfähig sei, ist in Veranlassung der Testamente von Städel (1815 zu Frankfurt a. M.[39]), Blum (1832 zu Hildesheim) und Fraenckel (1844 zu Breslau) sehr streitig geworden. Die gemeine Meinung bejaht jetzt mit Recht diese Frage. Wenn auch nach dem Wortlaut des Testaments die Erbeinsetzung der Schaffung der jurist. Person vorangeht, also die Zuwendung an eine noch nicht existente Person gemacht zu sein scheint, so ist dies dennoch nicht mit Windscheid, Pand. III. §. 549 Nr. 2 für unzulässig zu halten. Da es vielmehr nur auf den unzweifelhaften Willen des Testators, eine Stiftung in's Leben zu rufen und dieser sein Vermögen zuzuwenden, ankommt, diese Absicht auch eine erlaubte und überdies auf andere Weise erreichbare ist, so muss die Erbeinsetzung letztwillig erst zu schaffender juristischer Personen ganz allgemein für zulässig erachtet werden, zumal die Tendenz des neueren römischen Rechts auf möglichste Aufrechthaltung des letzten Willens geht, mag der Ausdruck desselben auch ein ungenauer oder unlogischer sein). Entscheidend für das gemeine Recht ist endlich die Bestimmung des justinianischen und canon. Rechts, wornach alle milden Stiftungen unter die generelle juristische Persönlichkeit der Kirche eingereiht sind[40]).

33) L. 3. de B. P. s. t. XXXVII. 11. — 34) §§. 26—28. Inst. de legat. II. 20; pr. Inst. de B. P. III. 9.; l. 6. 7. de suis et legit. XXXVIII. 16. — 34a) Vgl. auch Lassalle S. 297. — 35) Ulp. XXII. 5. 6. XXIV. 28; Paul. l. 20. de reb. dub. XXXIV. 5. Vgl. dagegen Lassalle S. 295 f. Das römische Volk konnte von jeher zum Erben eingesetzt werden. — 36) L. 1. Cod. de ss. eccl. I. 2; l. l. 19. 24. 26. 46. 49. Cod. de episc. I. 3; l. 8. 12. Cod. de her. inst. VI. 24; Nov. 131. c. 11. — 37) L. 8. Cod. de her. inst. VI. 24. — 38) L. 20. de reb. dub. XXXIV. 5; vgl. o. §. 62. nr. IV. S. 141 Note 8. — 39) Im Testamente Städel's hiess es: „ich setze das hiermit von mir gestiftet werdende Städel'sche Kunstinstitut" zu „meinem Universalerben" ein.

40) M. s. die Literatur bei Arndts, Ges. civilist. Schr. Bd. 2. S. 72 ff.; Unger §. 14. Note 8.; Roth in den Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 1. S. 189 ff.; Vangerow I. §. 60.; Windscheid III. §. 549. Note 3; Förster, Preuss. Privatr. IV. §. 251. bei Note 50—60. Vgl. o. §. 62. nr. IV. S. 142. — Das preussische Obertribunal hat die Frage sowohl für das gemeine Recht

III. Die *testamenti factio* bezeichnet endlich auch die Fähigkeit, Testamentszeuge zu sein[41]).

§. 258. Von der Incapacität und Indignität[1]).

I. 1. Die *lex Iulia et Papia Poppaea*[2]) erklärte die caelibes (Ehelose) ganz und die orbi (verheirathete Kinderlose) für die Hälfte für *incapaces*, d. h. unfähig, das ihnen im Testamente Zugedachte (mit Ausnahme von Fideicommissen) zu erwerben[3]). Spadones wurden jedoch entschuldigt[4]), ebenso derjenige, welcher tempore hereditatis capiendae reipublicae causa absens war[5]), und Cognaten des Erblassers bis zum 6. Grade einschliesslich und aus dem 7. Grade noch der sobrino sobrinave natus[6]). Den Cognaten wurden dann noch die nächsten Affinen gleichgestellt[7]). Der solitarius pater (von dem nur in der Rubrik des XIII. Titels der Fragmente Ulpian's die Rede ist), d. h. wohl der verwittwete Ehegatte, der aus der Ehe Kinder hat, soll nach der lex Iulia, ähnlich wie ein orbus, zur Hälfte incapax sein. Kinderlose Ehegatten konnten nur $^1/_{10}$ von einander erwerben und dazu noch den Niessbrauch von $^1/_3$ des Vermögens[8]). Dasjenige, was ein incapax nicht erwarb, hiess *caducum*.

2. Seit der *lex Iulia et Papia Poppaea*[9]) sollte nicht mehr der Augenblick des Todes des Erblassers als Delationsmoment testamentarischer Erbschaften gelten, sondern erst der der Apertur der tabulae[10]). Wenn daher der Delat oder Legatar zwar nach dem Erblasser, aber vor der Apertur starb oder eine magna capitis diminutio erlitt, so wurde seine Portion ebenfalls caducum.

3. Auch wurde das durch Tod oder magna capitis diminutio

(Entscheidungen B. 30. S. 50), wie für das preussische (daselbst Bd. 40. S. 78) bejahend entschieden. Ueber den (noch manche anderweite Schwierigkeiten darbietenden) Fraenckel'schen Fall vgl. die Schriften von Kalisch (Berlin 1857, mit besonderer Rücksicht auf den Staedel'schen Fall), Volkmar (Berlin 1858) und Windmüller (Berlin 1859).

41) Vgl. §. 256. I. S. 677.

§. 258. 1) I) Ulp. tit. XIII—XVIII; Gai. II. 111. 144. 286; Lex unica Cod. de caducis tollendis VI. 51; Vering, Röm. Erbr. S. 275 ff.; Hartmann, Voraussetzungen und Grenzen der Incapacität nach der lex Iulia et Papia Poppaea, in der Ztschr. für Rgsch. V. S. 219 ff. — II) Ulp. XIX. 17; Dig. XXXIV. 9. De his quae ut indignis auferuntur; cf. Cod. VI. 34. 35.; Vering, Erbr. S. 286 ff.

2) Bei Bruns, Fontes ed. II. p. 87. Vgl. auch Lassalle a. a. O. S. 289 f. — 3) Vgl. o. §. 220. nr. V. S. 554. f. — 4) L. 128) de V. S. — 5) L. 35—38 ex quib. caus. mai. IV. 6; Ulp. XVI. 1. — 6) Ulp. XVI. 1.; Vat. fragm. §. 216 sq. coni. c. §. 158. 214 sq. — 7) Vat. fragm. 218 sq. — 8) Ulp. XVII. 1. 2. XVIII. XXIV. 12. 13.; Gai. II. 206—208. 286. — 9) S. o. §. 220. nr. V. S. 554 ff. — 10) S. auch u. §. 266. nr. I.

des Honorirten oder wegen Ausfalls der Bedingung bei Lebzeiten des Testators frei gewordene Gut (als in causa caduci befindlich) dem caducum gleichgestellt [11]).

4. Die *lex Iunia Norbana* [12]) erklärte auch die Latini Iuniani für incapaces (was jedoch für Fideicommisse nicht galt), und Domitian auch die feminae probrosae, wenn sie ihr Gewerbe noch zur Zeit des Anfalls der Erbschaft betrieben [13]).

5. Während die sog. *testamenti factio* † *passiva* auch schon im Augenblicke der Testamentserrichtung und sogleich bei der Delation der Erbschaft vorhanden sein muss, brauchte die *Capacität*, d. h. die Erwerbsfähigkeit erst im Momente des Erwerbs der Erbschaft vorhanden zu sein. In Betreff desjenigen, was in einem Testamente pro non scripto habetur, änderte die lex Iulia et Papia Poppaea nichts. Es traten da an Stelle des Wegfallenden zunächst die Substituten [14]) ein, und sonst trat das alte Anwachsungsrecht ein. Und bei diesem ius antiquum des Anwachsungsrechtes blieb es auch für den Fall, dass liberi oder parentes des Erblassers eingesetzt waren. Waren aber keine Substituten vorhanden, und auch keine liberi oder parentes eingesetzt, so wurden zu einer caduken Erbportion zunächst die Miterben, qui liberos habent, und nächst diesen die legatarii patres berufen, und wenn auch solche nicht da waren, das aerarium [15]) (Die liberi sind hier, wie bei der bonorum possessio die sui und emancipati des Erblassers). Wenn ein Legat caduk wurde, so wurden zunächst die collegatarii verbes coniuncti, qui patres sunt, nächst diesen die heredes patres, an dritter Stelle die übrigen legatarii patres, und an vierter Stelle das aerarium berufen [16]). An diese berechtigten Personen fiel das caducum ipso iure, so dass sie eine caducorum vindicatio hatten, die sie jedoch erst nach Ablauf von 100 Tagen geltend machen konnten [17]). Wer immer das caducum vindicirte, musste es cum onere auf sich nehmen (caduca semper cum onere fiunt), also die Vermächtnisse, Freilassungen u. s. w. ausführen [18]). Seit Caracalla trat an die Stelle des aerarium der fiscus [19]). Andere Aenderungen machte Caracalla nicht.

Die Incapacität der caelibes und orbi wurde aber durch ein

11) L. un. §. 2. 4. Cod. de cad. toll. VI. 51. — 12) S. o. 49. nr. VII. S. 118 ff. — 13) Sueton. Domit. c. 8; l. 41. §. 1. de testam. milit. XXIX. 1. — 14) S. u. §. 261. — 15) Von diesem Prioritätsrechte der collegatarii coniuncti, nicht von dem Accrescenzrechte, als ob dieses auch unter verbis tantummodo coniuncti collegatarii Platz greife, handelt Paulus l. 89. de legatis III. Vgl. Vangerow Bd. 2. §. 547; Vering, Erbr. S. 729 Note 1. — 16) Ulp. XVII. 2. XVIII. XXIV. 12. 13; Gai. II. 200—208. 286.; Paul. l. 89. de legat III.; Tac. Ann. III. 28; Iuven. Satir. IX. v. 87 ff. — 17) Fragm. de iure fisci §. 3. — 18) Ulp. I. 21; l. 5. de vulg. et pup. subst. XXVIII. 6; l. 29. de lib. leg. XXIV. 3. — 19) Ulp. XVIII. 2.

S. C., dessen Namen wir nicht kennen, auch auf mortis causa donationes und durch das S. C. Pegasianum unter Vespasian (75 n. Chr.) auch auf Fideicommisse bezogen [20]).

6. Schon im ersten Jahrhundert n. Chr. milderte sich die Caducität dadurch, dass der delator (d. h. Anzeiger), einen bestimmten Theil des caducum und zwar seit Nero ein Viertel als Belohnung erhielt, und sogar so, dass auch derjenige, welcher sich selbst als incapax anzeigte (qui se deferebat), einen Theil des caducum und zwar seit Trajan die Hälfte erhielt [21]). Wer sich bloss aus Irrthum nicht angab, verlor nichts [22]). Dagegen verlor derjenige, welcher ein cadukes Vermächtniss leistete, sowie derjenige, welcher sich dazu verpflichtete (qui in fraudem legis tacitam fidem adcommodabat), sein Recht zur caducorum vindicatio und auf die quarta Falcidia [23]).

7. Constantin hob die poenae caelibatus, Honorius und Theodos hoben die poenae orbitatis, Justinian hob die Latina libertas auf und setzte den regelmässigen Delationsmoment der testamentarischen Erbschaft wieder auf den Moment des Todes des Erblassers, und die Incapacität der mulieres probrosae endet mit Aufgeben ihres liederlichen Lebenswandels. Justinian verbot, etwas von der Incapacität in seine Compilation aufzunehmen.

II. Die *lex Iulia et Papia Pappaea* bestimmte zunächst den eben genannten *Indignitäts-Fall*, wo Jemand ein fideicommissum tacitum übernahm, d. h. heimlich sich beim Testator anheischig machte, einem incapax ein fideicommissum auszuzahlen und ihm nun eripirt werden konnte, was er von der Erbschaft oder dem Legate dem incapax in fraudem legis herausgeben sollte. Spätere Senatus-Consulte und kaiserliche Constitutionen führten eine grosse Zahl weiterer Fälle ein, in welchen der Erbe und Legatar, und andere, in welchen bloss der testamentarische oder Intestat-Erbe oder bloss der Legatar wegen Indignität, d. h. wegen gesetzwidrigen Handelns oder unwürdigen Betragens gegen den Erblasser das ihm Zugedachte nicht soll behalten dürfen. So z. B. ist derjenige, welcher dem Erblasser nach dem Leben gestrebt, oder dessen Rechtsfähigkeit angefochten, oder ihn durch Betrug oder Zwang an der Errichtung oder Abänderung des Testaments gehindert hat, indignus, sowohl in Bezug auf die Erbschaft, wie in Bezug auf Vermächtnisse. Es kann der Verpfleger eines Wahnsinnigen dessen Erbschaft den Intestaterben eripiren, die sich da-

20) L. 35. de m. c. d.; Gai. II. 28. — 21) L. 13. 15. 16. de iure fisci. XLIX. 14. — 22) L. 13. §. 10. de iure fisci XLIX. 14. — 23) Fragm. de iure fisci; Paul. S. R. V. 12; Dig. de I. F. XLIX. 14; Gai. l. 10. De his q. ut indign. aufer. XXXIV. 9.

durch indigni machten, dass sie den Wahnsinnigen nicht verpflegten. Indigni sind auch die Intestaterben und der Pupillarsubstitut, welche die petitio tutoris versäumt haben u. s. w. Indignus ist bereits nach classischem Rechte der Vermächtnissnehmer, wenn er die ihm legirte Sache aus der Erbschaft entwendet, und nach justinianischem Rechte auch der Legatar, der das Testament arglistiger Weise verheimlichte[24]).

Dem indignus werden die actiones hereditariae denegirt, sowie das ihm sonst Zukommende eripirt, und zwar kann das erepticium in den meisten Fällen nur von dem aerarium, resp. fiscus, und bloss ausnahmsweise (z. B. bei Nichterfüllung des modus von Seiten des Erben nach Nov. I.) von gewissen Privaten[25]), namentlich dem sonst im Testamente Bedachten oder dem Intestaterben vindicirt werden. Derjenige, der die Indignität geltend machen kann, ist also bei Weitem nicht immer der nächstfolgende Erbe. Das Recht der Entreissung ist aber nur durch die Delation an den Unwürdigen, nicht durch den Erwerb von Seiten desselben bedingt, hängt also nicht von dessen Willkühr ab. Deshalb kann das Ereptionsrecht auch gegen Denjenigen geltend gemacht werden, der, nachdem der Unwürdige die Erbschaft auschlug, nicht in Folge eines Ereptionsrechts, sondern bloss als Nacherbe des indignus oder als Miterbe desselben in Folge Anwachsungsrechtes den Erbtheil erwarb[26]).

Die Ereption kann also sowohl geltend gemacht werden, wenn dem indignus nur erst deferirt ist, als auch nachdem er bereits angetreten hat. Hat der indignus aber bereits angetreten, so hat er bei der Ereption den Nachtheil, dass ihm alle aus der Erbschaft zugekommenen Vortheile entrissen werden, während die ihm confusione untergegangenen Rechte nicht wieder aufleben. Wer aber in Folge der Ereption an die Stelle des indignus tritt, muss die portio cum onere auf sich nehmen. Das erepticium besteht auch noch im justinian. Rechte fort, und es sind darin die Gründe der Indignität genau regulirt.

§. 259. Von dem Inhalte des Testamentes [1]).

I. 1. Den wesentlichen Inhalt eines Testamentes bildet die

24) Vgl. auch Arndts, Pand. §. 520. — 25) Vgl. o. §. 88. nr. III. 6. S. 179. — 26) L. 15. pr. D. S. C. Silaniano XXIX. 5.

§. 259. 1) Gai. II. 115—37. 185—90; Ulp. XXI. XXII.; Paul. S. R. III. 44b; Inst. II. 14; Dig. XXVIII. 5; Cod. VI. 24. de heredibus instituendis. — Dig. XXVIII. 7. de condicionibus institutionum; XXXV. 1. de condicionibus et demonstrationibus; Cod. VI. 25. 46; Dig. XXXIV. 6; Cod. VI. 41; Cod. VI. 40; Nov. 22. c. 43 sq.; Vering, Röm. Erbr. S. 300 ff.; Unger §. 13. ff.; Windscheid III. §. 546 ff.; Lassalle S. 167 ff. 281 ff.

Erbeinsetzung (caput et fundamentum totius testamenti)[2]). Als vollständig gilt das Testament erst, wenn wenigstens alle Erbeinsetzungen genannt sind.

2. Die Erbeinsetzung musste im älteren Rechte vorangehen, sollten nicht die Legate und Freiheitsertheilungen ungültig sein[3]). Nur im Soldatentestamente war dieses nicht nothwendig. Dass die tutoris dationes vorausgehen könnten, behaupteten die Proculianer, weil dadurch nichts aus der Erbschaft vergabt werde, während die Sabinianer auch die tutoris datio ante heredis institutionem für ungültig erklärten[4]). Auch mussten im alten Rechte die Erbeinsetzungen, die Legate und manumissiones lateinisch, befehlsweise, und in förmlichen Worten (certis sollennibus imperativis verbis) abgefasst sein. Im neuesten Rechte ist keine bestimmte Sprache und Reihenfolge nothwendig[5]); es genügt, wenn die Person des Erben kenntlich gemacht ist, einerlei ob mit Namensnennung oder durch eine erkennbare Beschreibung. Der wirkliche Wille des Testators entscheidet daher nun auch darüber, ob der † in condicione positus auch † in dispositione positus sei, z. B. wenn es heisst: *B* soll mein Erbe sein, wenn *A* es nicht ist, — oder: wenn mein Sohn bei meinen Lebzeiten stirbt, soll *X* mein Erbe sein: ob im ersten Falle *A* und im zweiten der Sohn als zunächst instituirt anzusehen sei?

3. Die Erbeinsetzung und alle eigentlichen testamentarischen Verfügungen müssen aber auch noch im neuesten Rechte immer als der directe letzte Wille des Testators erscheinen[6]). Wenn der Testator zu dem Testamente gezwungen oder durch Gewalt an der Aenderung des Testamentes gehindert wurde, so ist dasselbe nicht ipso iure nichtig[7]), sondern es wird dadurch nur Indignität des den Zwang Ausübenden und Rescissibilität der erzwungenen Verfügung herbeigeführt. Ebenso verhält es sich, wenn der Testator betrüglicher Weise von der Errichtung oder Veränderung des letzten Willens abgehalten wird. Auch das durch Irrthum des Testators oder dolus Jemandes veranlasste Testament ist nur dann ipso iure nichtig, wenn durch den Irrthum oder dolus das erforderliche richtige Bewusstsein des Testators ausgeschlossen wurde[8]).

4. Eine letztwillige Verfügung kann als unwirksam angefochten werden, wenn nachgewiesen wird, dass der Erblasser, falls er den wirklichen Zustand zur Zeit seiner Verfügung oder die

2) §. 34. Inst. de leg. II. 20. — 3) Vgl. u. §. 276. nr. II. — 4) Gai. II. 231; §. 3. Inst. qui test. tut. I. 14. — 5) Vgl. o. §. 255. II. S. 674. — 6) Vgl. auch u. §. 266. — 7) Wie z. B. Arndts §. 491. Anm. 2. annimmt. — 8) Vgl. Vangerow II. §. 431.

spätere Gestaltung der Verhältnisse gekannt hätte, die Verfügung nicht gemacht haben würde[9]). Dagegen eine absichtliche, etwa, damit die Verwandten sich nicht durch eine Zuwendung an einen Fremden verletzt fühlten, beigefügte *falsa causa* (d. h. Angabe eines falschen Grundes der Erbeinsetzung oder des Legats), ebenso ein *falsum nomen* proprium (anders aber, wenn es ein falsum nomen appellativum, d. h. falscher Hausname ist) und auch eine *falsa demonstratio* non nocent, wenn nur der Wille des Erblassers hinreichend gewiss ist[10]). Ungültig ist jedoch die Einsetzung durch eine demonstratio turpis[11]). Wenn der Testator eine andere Quantität ausdrückte, als er beabsichtigte, so soll der erweisliche Wille dem Ausdrucke vorgehen[12]).

5. Vor Justinian war auch die letztwillige Verfügung ungültig, die wesentlich nur zum Zwecke der Bestrafung eines Anderen getroffen war *(legatum poenae nomine relictum)*. Nach Justin. Recht ist auch eine solche Verfügung gültig, falls nur nicht die Unterlassung von etwas Unmöglichem oder Unsittlichem, oder das Thun von etwas rechtlich oder sittlich Gebotenem mit einem Nachtheil bedroht ist[13]).

6. Von der Nothwendigkeit der Berücksichtigung der Notherben wird später gehandelt werden[14]).

II. Zweifelhaft ist es, ob es schon nach röm. Rechte ausser im Soldatentestamente zulässig war, dass Mehrere in derselben Urkunde gleichzeitig testiren *(testamentum † simultaneum)*. Gewöhnlich findet dabei eine wechselseitige Erbeinsetzung statt *(testamentum † reciprocum)*, namentlich ist eine solche unter Ehegatten häufig. Man kann aber nicht sagen, ein test. reciprocum sei im Zweifel auch ein *testamentum † correspectivum*, d. h. die Gültigkeit des einen hänge vom Bestehenbleiben des anderen ab[15]).

III. 1. Was die Nebenbestimmungen[16]) bei letztwilligen Verfügungen betrifft, so gilt, ausser in einem Soldatentestamente, die einer Erbeinsetzung beigefügte Resolutivbedingung oder ein derselben beigefügter *dies certus* als nicht beigefügt[17]).

9) L. 72. de cond. et dom. XXXV. 1. — 10) §. 29. 30. Inst. de legat. II. 20; Windscheid III. §. 548. nr. 2. Vgl. über den Einfluss des Irrthums im Erbrecht überhaupt Savigny, System III. S. 377 ff.; Lassalle a. a. O. S. 342 ff. 330 ff., auch Bd. I. S. 89 ff. — 11) Müller, De falsa demonstr. institutioni vel legato adiecta comm. I. II. Lipsiae 1861. 65. — 12) L. 9. §. 2—5. de her. inst. XXVIII. 5. — 13) L. un. Cod. de his quae poenae nomine relinquuntur. VI. 41; Dig. eod. XXXIV. 6; §. ult. Inst. de legat. II. 20. — 14) S. §. 261 ff. — 15) Vgl. Vering, Röm. Erbr. S. 359 ff. — 16) Vgl. o. §. 86—88. und unten §. 267; Vering, Röm. Erbr. S. 322 ff.; Arndts, Gesamm. civil. Schr. Bd. 2. S. 98 ff. — 17) Vgl. o. §. 247. nr. V. S. 651.

2. Der *dies incertus a quo* wird wie eine Suspensivbedingung behandelt. Eine Suspensivbedingung ist bei Erbeinsetzungen, wie bei Vermächtnissen, Freilassungen, überhaupt bei allen letztwilligen Verfügungen zulässig, bei Vermächtnissen auch eine Resolutivbedingung. Die Suspensivbedingung muss sich aber bei Lebzeiten des Honorirten erfüllen, wenn die Verfügung in Kraft treten soll.

3. Potestative Bedingungen müssen bei Vermächtnissen sobald als möglich erfüllt werden; bei Erbeinsetzungen hingegen hängt die Zeit der Erfüllung vom Willen des Eingesetzten ab. Die Bedingung wird übrigens nach der allgemeinen Regel, die auch bei letztwilligen Verfügungen gilt, als erfüllt angesehen, wenn der bei Erfüllung der Bedingung Verpflichtete den Eintritt der Bedingung absichtlich hindert, oder wenn die dritte Person, zu deren Gunsten oder unter deren nothwendiger Mitwirkung die Erfüllung der Bedingung geschehen soll, die Vornahme der betreffenden Handlung ausschlägt.

4. Bei der Auslegung von Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen soll vornehmlich der Wille des Erblassers entscheiden[18]).

5. Wenn die Erfüllung der Bedingung auf einer Willenshandlung beruht, so muss man unterscheiden, ob die Bedingung eine *promiscua* oder *non promiscua condicio* ist. Eine *condicio promiscua*, d. h. eine an sich unwichtige Handlung, welche der Testator dem Erben oder Vermächtnissnehmer bloss auflegt, um den Gehorsam desselben zu prüfen (in hoc fit, ut condicioni pareatur), kann erst nach dem Tode des Testators gültig erfüllt werden, gilt aber dann schon für erfüllt, wenn die Bedingung unmöglich wird, nachdem sich der Honorirte bereits zur Erfüllung derselben bereit erklärt hatte. Eine *condicio non promiscua*, d. h. bei der es dem Testator nicht bloss darauf ankam, den Gehorsam des Honorirten zu prüfen, sondern darauf, dass der als Bedingung gesetzte Umstand eintrete, muss dagegen immer erfüllt werden, kann aber auch schon bei Lebzeiten des Testators erfüllt werden.

6. Ueber *perplexae*, *impossibiles* und *turpes condiciones*[19]) wurde schon im allgemeinen Theile das Nöthige bemerkt. Die lex Iulia et Papia Poppaea bestimmte, auch die Bedingung nicht zu heirathen, solle als nicht zugefügt gelten und dabei ist es auch noch im Justin. Recht geblieben[20]). Unter Lebenden ist diese Bedingung natürlich vollkommen gültig. Auch die *condicio viduitatis* galt nach der lex Iulia et Papia Poppaea als juristisch unmöglich;

18) L. 19. pr. l. 101. de cond. et dem. XXXV. 1. — 19) Vgl. o. §. 86. nr. III. IV. S. 175. — 20) L. 22. 36. i. f.; l. 64. §. 1. l. 72. §. 5. de cond. et dem. XXXV. 1.

sie wirkt aber nach justin. Recht wie eine gewöhnliche Bedingung[21]). Als nicht beigefügt gilt auch die *condicio iurisiurandi*, d. h. die Erfüllung einer Auflage zu beschwören, obschon man die Auflage selbst erfüllen muss.

7. Ungültig ist aber die *captatorische* Honorirung, d. h. die letztwillige Zuwendung, die wir an Jemanden unter der Bedingung machen, dass derselbe uns ebenfalls in seinem Testamente zum Erben einsetze oder mit einem Vermächtniss bedenke[22]). Geschieht jedoch diese Erbeinsetzung oder Vermächtniss-Zuwendung, so ist die captirte Verfügung gültig, es sei denn, dass sie selbst wieder captatorisch wäre.

8. Die Erbeinsetzung eines *suus* unter einer Bedingung ist überhaupt ungültig und damit auch das Testament, es sei denn, dass in contrarium casum der suus gültig exheredirt worden wäre. Nur die Einsetzung des suus unter einer reinen Potestativbedingung *(si volet, si voluerit)* ist überhaupt gültig, und hat die Wirkung, dass der suusnicht ipso iure Erbe wird, sondern wie ein extraneus erst antreten muss.

§. 260. Von den Substitutionen insbesondere[1]).

I. Schon im früheren Rechte, besonders häufig aber seit der lex Iulia et Papia Poppaea caducaria, wurden Erben unter der Bedingung eingesetzt, dass der zuvor Berufene, der institutus, namentlich etwa wegen Incapacität, nicht erwerben könne († *casus impotentiae*), oder nicht wolle († *casus noluntatis*), was nach den allgemeinen Auslegungsregeln auf beide Fälle zu beziehen ist, wenn der Testator nicht die Beschränkung auf einen der Fälle ausgesprochen hat. Man nannte daher diese Arten bedingter Erbeinsetzung *substitutio vulgaris*, weil seit der lex Iulia et P. P. gewöhnlich in den Testamenten ganze Reihen solcher Substitutionen gemacht wurden, um zu vermeiden, dass etwa der Erbtheil als caducum schliesslich an das Aerar falle.

Es können auch die mehreren in einem Testamente als Miterben Eingesetzten zugleich gegenseitig einander substituirt sein *(substitutio † reciproca* oder *mutua)*. Damit in diesem Falle der Substitut ausser

21) S. o. §. 232. S. 599. — 22) L. 70. 71. 81. §. 1. Dig. de her. inst. XXVIII. 5; l. 1. Dig. de his quae pro non scriptis XXXIV. 8. — Ueber das jetzt unpraktische Verbot der Einsetzung des Regenten „litis causa" vgl. o. §. 257. nr. II. 11. S. 682.

§. 260. 1) Gai. 174—84; Ulp. XXII. 33. 34. XXIII. 7—9; Paul. S. R. III, 4 b. §§. 4. 5.; Inst. II. 15. de vulgari substitutione; 16. de pupillari substitutione; Dig. XXVIII. 6. de vulgari et pupillari substitutione; Cod. VI. 26. de impuberum et aliis substitutionibus. Vgl. Vering, Erbrecht. S. 338 ff.;

seiner Institutionsportion auch die Substitutionsportion erhalte, muss schon bei seinen Lebzeiten gewiss werden, dass der Andere nicht antritt, d. h. die Bedingung der Berufung zur Substitutionsportion muss bereits bei Lebzeiten des Substituten eintreten. Vom Anwachsungsrechte unterscheidet sich die subst. rec. dadurch, dass beim Anwachsungsrechte gar nicht schon bei Lebzeiten des einen die Erbschaft antretenden Miterben der andere Miterbe wegzufallen braucht, indem auch ohne dieses den Erben des ersteren Erben accrescirt.

Der Erblasser kann auch dem Substituten wieder einen Substituten ernennen u. s. w. (z. B. A soll mein Erbe, B diesem substituirt, und C dem B substituirt sein u. s. w.). Wenn dann der zunächst berufene Erbe und alle folgenden Substituten bis auf den letzten, einerlei in welcher Ordnung, wegfallen, so wird der im letzten Grade Substituirte zur Erbschaft berufen, als wäre er primo gradu substitutus. (So gilt in dem vorhin angegebenen Beispiele C, obschon er dem Worlaute nach nur dem B substituirt ist, doch auch als Substitut des A.). Man drückt dieses durch den Satz aus: † *Substitutus substituto est substitutus instituto.* Und wer einem Substituten, der ausserdem noch instituirt ist, substituirt ist, kann, wenn alle Vormänner weggefallen sind, der Regel nach zufolge Rescripts von Severus und Antoninus[2]) in beiden Beziehungen an dessen Stelle treten *(† Substitutus substituto instituto substitutus huic quoque censetur qua instituto).*

II. Die Jurisprudenz entwickelte gegen Ende der Republik aus der väterlichen Gewalt noch die *substitutio pupillaris,* d. h. der pater familias darf, wenn er für sich selbst ein Testament *(primae tabulae)* errichtet hat, auch in derselben oder in einer andern späteren Urkunde ein Testament *(secundae tabulae)* für das unmündige Kind errichten, welches er bis zu seinem Tode in seiner unmittelbaren potestas hat, auf den Fall hin, dass das Kind während der Impubertät, also bevor es selbst testiren konnte, oder auch während eines vom Vater angesetzten kürzeren Termines sterben sollte. Die *primae* und *secundae tabulae* gelten als *unum testamentum duarum hereditatum;* das Pupillartestament gilt als *pars et sequela paterni testamenti*[3]). Daraus erklären sich alle scheinbaren Eigenthümlichkeiten der pupillaris substitutio:

1. Der für das Kind ernannte Erbe, der Pupillarsubstitut, kann nur soweit mit Vermächtnissen belastet werden, als das Kind oder er selbst zugleich vom Vater in den primae tabulae zum Erben eingesetzt ist *(pater tantummodo de suo legat)*[4]). Der Vater braucht

Arndts, Ges. civ. Schr. Bd. 2. S. 166 ff.; Unger §. 19; Windscheid III. §. 558 ff.

2) §. 3. Inst. h. t. II. 15. — 3) L. 2. §. 4. l. 20. h. t. XXVIII. 6.; §§. 2. 5. Inst. h. t. II. 15. — 4) L. 11. §. 5. ad leg. Falcid. XXXV. 2.

das Kind nicht in den primae tabulae einzusetzen, folglich kann auch nach justinianischem Rechte noch eine exheredatio bona mente geschehen[5]).

2. Notherben braucht der Vater in den secundae tabulae nicht zu berücksichtigen, weder seine eigenen, weil er hier nicht für sich testirt, noch die des Kindes, weil dieses nicht selbst testirt; es genügt die Berücksichtigung der väterlichen Notherben in den primae tabulae[6]).

3. Ist ein suus des Testators zum Pupillarsubstituten ernannt, so erwirbt derselbe auch die Pupillarerbschaft ipso iure aus dem väterlichen Testamente.

4. Wenn der Pupillarsubstitut zugleich auch in den primae tabulae, d. h. zum Erben des Vaters eingesetzt ist und die Erbschaft ex primis tabulis angetreten hat, so kann er die Pupillarerbschaft nicht mehr ablehnen, sondern dieselbe fällt *ipso iure* ihm, oder, wenn er vor dem Pupillen stirbt, seinen Erben wie ein Zuwachs der väterlichen Erbschaft zu[7]).

5. Schlägt der Pupillarsubstitut aber die Erbschaft ex primis tabulis aus, und ist das väterliche Testament dadurch destitut geworden[8]), so fallen die secundae tabulae, d. h. die Pupillarsubstitution, zusammen, weil die primae tabulae zusammenfallen. Wenn aber trotzdem, dass der Pupillarsubstitut die ex primis tabulis ihm deferirte Erbschaft ausschlug, die primae tabulae durch den Eintritt darin eingesetzter Miterben oder (Vulgar-) Substituten in Kraft bleiben, so kann der Pupillarsubstitut, trotzdem er die väterliche Erbschaft ausschlug, die Pupillarerbschaft noch antreten, falls der Pupill entweder gültig exheredirt war, oder ex parte instituirt war und sich des beneficium abstinendi[9]) bediente; dagegen kann er die Pupillar-Erbschaft, nachdem er die väterliche Erbschaft ausschlug, *nicht* mehr antreten, falls der Pupill wirklich der Erbe des Vaters geworden ist, also eine wirkliche Vereinigung beider Erbschaften stattgefunden hat.

Die Praxis des Centumviralgerichtes nahm auch an (zuerst in der causa Curiana v. J. 661 d. St.)[10]), und kaiserliche Rescripte erkannten an, dass der Pupillarsubstitut von selbst im Zweifel auch † tacite als Vulgarsubstitut gelten, d. h. sogleich als Erbe des Vaters eintreten soll, wenn ein eingesetzter etwaiger postumus

5) S. u. §. 264. nr. IV. — 6) L. 8. §. 5. de quer. inoff. test. V. 2. Vgl. Vangerow §. 453. Anm. 3; Vering, Erbr. S. 347, Note 4, S. 356, Note 2, S. 403, Note 4. — 7) L. 59. de acq. vel om. her. XXIX. 2; l. 20. Cod. de iure deliber. VI. 30. — 8) S. u. §. 265. — 9) S. u. §. 273. — 10) Vgl. Vering, Erbr. S. 348 f.; Vangerow II. §. 451. Anm. 1. nr. 2. a. E.; Munzinger, Causa Curiana vor dem röm. Centumviralgericht und die testamentar. Substitution. Solothurn 1855.

suus des Testators gar nicht geboren wurde, oder wenn der impubes vor dem Vater starb, und ebenso liess man seit den divi fratres auch umgekehrt im Zweifel die simplex vulgaris substitutio, wenn sie für einen in potestate des Testators befindlichen impubes angeordnet war, auch als duplex gelten, d. h. sie kann als († tacita) pupillaris substitutio aufrecht erhalten werden, wenn der primo loco eingesetzte impubes suus nach dem Vater, also nachdem er Erbe desselben geworden war, gestorben ist[11]). Im Soldatentestamente waren zu einer Pupillarsubstitution keine primae tabulae nöthig und galt auch keine substitutio tacita.

III. Justinian[12]) führte noch (ad exemplum pupillaris substitutionis) eine † *quasi pupillaris substitutio* ein, d. h. die agnatischen wie cognatischen, männlichen wie weiblichen Ascendenten dürfen für ihren wahnsinnigen Descendenten, wenn sie ihm wenigstens den Pflichttheil[13]) hinterlassen, ein Testament errichten auf den Fall hin, dass derselbe im Wahnsinn sterben sollte[14]). Streitig ist, ob der Ascendent bloss für das, was er dem Wahnsinnigen hinterlässt[15]), oder ob er für den ganzen Nachlass des Wahnsinnigen (letzteres nimmt die Praxis an) ein Testament errichten darf; sind dann aber gemäss der letzteren Ansicht mehrere Testamente gemacht, so müssen diese zusammen wie ein einziges betrachtet werden, und werden dann die Erbeinsetzungen in jedem Testamente je auf die Hälfte oder $^1/_3$ ihres Betrages u. s. w. ermässigt, je nachdem 2 oder 3 u. s. w. Testamente vorhanden sind.

Primae tabulae sind nach Analogie der Pupillarsubstitution auch hier nothwendig. In den secundae tabulae brauchen wie bei der Pupillarsubstitution keine Notherben berücksichtigt zu werden. Jedoch soll der Testator hier die Erben zunächst aus den etwaigen geistesgesunden Descendenten des Wahnsinnigen auswählen, und wenn solche nicht da sind, aus seinen eigenen geistesgesunden Descendenten, und erst wenn auch solche fehlen, darf er beliebig die Erben für die secundae tabulae auswählen.

IV. Die Vulgarsubstitution findet † in primum casum statt, d. h. für den Fall, dass der zuvor Ernannte nicht Erbe wird; die Pupillar- und Quasi-Pupillarsubstitution findet † in secundum casum

11) L. 4. h. t. XXVIII. 6; l. 4. Cod. h. t. VI. 26. Vgl. auch Vangerow §. 451. Anm. 1.; Baron, Pand. S. 808. — 12) L. 9. Cod. h. t. VI. 26. §. 1. Inst. de pup. subst. II. 16. — 13) S. u. §. 263. — 14) Ex ratione legis muss man die Quasipupillarsubstitution auch, was in den Pandekten nicht entschieden ist, für den wahnsinnig gewordenen indignus für statthaft erachten. — 15) So nimmt Vangerow §. 456 an, nach l. 7. §. 1. Cod. de cum pr. vel pr. eod. V. 70., so dass es auf ein Universalfideicommiss (s. unten §. 285.) hinausläuft. Vgl. auch Lassalle a. a. O. S. 358 ff.

statt, d. h. (wie dieses im Soldatentestamente überhaupt geschehen kann) für den Fall, dass der schon Erbe Gewordene aufhört, Erbe zu sein.

Die substitutio † fideicommissaria ist keine eigentliche Substitution, denn dabei wird der Substitut nicht Erbe, sondern nur Universalfideicommissar[16]).

Von dem Notherbenrechte[1]).

§. 261. Das älteste, formelle Notherbenrecht[1a]).

I. *Formelles Notherbenrecht* ist der gesetzliche Anspruch der Kinder, dass sie ihr Vater, wenn dieser ein Testament errichtet, entweder zu directen Erben einsetze oder rite enterbe. Nach den XII Tafeln gab es noch kein Notherbenrecht, sondern war es dem Testator unbeschränkt gestattet, sogar seine in potestas befindlichen Kinder zu instituiren oder zu exherediren, oder zu übergehen (praeterire). Die Juristen entwickelten aber allmählich und zwar jedenfalls schon vor Cicero[2]) die Ansicht, dass sui heredes (wegen ihres quasi tacitum condominium)[3]), entweder *rite*, d. h. (ursprünglich auch in befehlenden solennen Worten und) *sine condicione* (es sei denn bloss unter der condicio: si voluerit) auf einen wirklichen Erbtheil eingesetzt, — oder *rite* exheredirt werden müssten. Zu einer Exheredation gehören (ursprünglich auch befehlende Worte, ferner auch noch in späterer Zeit):

1. dass die Söhne *nominatim*, d. h. wenn auch nicht gerade mit Namen, so doch unter individueller Bezeichnung enterbt werden,

16) S. u. §. 285.

1) Gai. II. 123—143; Ulp. XXII. 14—23; Inst. II. 13. de exheredatione liberorum; Dig. XXVIII. 2. de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis; Cod. VI. 28· de liberis praeteritis vel exheredatis; VI. 29. de postumis heredibus instituendis vel exheredandis vel praeteritis; Nov. 115a. c. 3—5. — De successione libertorum: Gai. III. 39—76; Ulp. XXIX. cf. XXVII.; Paul. III. 2; Inst. III. 7. (8.); Dig. XXVIII. 2; Cod. VI. 4. 13. — Ueber die Inofficiosität vgl. Paul. IV. 5; Greg. Cod. II. 16; Th. Cod. II. 19. (—21.); Inst. II. 18; Dig. V. 2; Cod. III. 28. (—30.); Nov. 18. c. 1; Nov. 92. Vgl. Vering, Röm. Erbr. S. 373 ff.; Vangerow II. §. 467 ff.; Francke, Das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. Göttingen 1831; Mühlenbruch-Glück. Bd. 35—38; Bruns in Holtzendorffs Encycl. Bd. 1. III. 1, §. 91. S. 433 ff.; Unger §. 78 ff. Danz, Röm. Rgsch. Bd. 2. §. 160—163; Windscheid III. §. 575 ff.; Lassalle a. a. O. S. 253 ff. 269 ff. Vgl. auch die Kritik des römischen Notherbenrechts bei Baron, Pand. §. 418; über die volkswirthschaftliche Bedeutung desselben Roscher, Nationalökonomie §. 85—86; s. auch Bruns a. a. O. S. 427.

§. 261. 1a) Adolph Schmidt, Das formelle Recht der Notherben. Leipzig 1862; Münderloh, Aus der Zeit der Quiriten. Weimar 1872. S. 132 ff. — 2) Cic. de orator. I. 38. 57. pro Caecina c. 25. — 3) S. o. §. 246. S. 646.

und dass für die Töchter und Enkel die Enterbung wenigstens *inter ceteros* geschieht, (z. B. so: ceteri exheredes sunto);

2. dass die Exheredation *sine condicione* geschieht, und

3. *ab omnibus gradibus*, nämlich gegenüber jedem Substituten, auf den Fall, dass er als heres eintreten würde, so dass desshalb die Exheredation entweder nach jeder Substitution wiederholt oder an den Anfang der Erbeinsetzungen oder an das Ende der Substitutionen gesetzt werden muss, während wenn die Exheredation zwischen einer Erbeinsetzung und einer Substitution steht, oder zwischen zwei Substitutionen, die Exheredation nur für den vorausgegangenen Erbeinsetzungs- oder Substitutionsgrad und den nachfolgenden Substitutionsgrad gilt[4]). Wenn die Enterbung allen Erbeinsetzungen vorausgeht, bezieht sie sich im Zweifel auf alle[5]), und wenn sie zwischen zwei Graden von Erbeinsetzungen steht, geht sie im Zweifel auf beide[6]). Hat der Testator jedem der eingesetzten Erben besonders substituirt, so soll bei dieser Mischung verschiedener Grade die darin eingefügte Exheredation als eine unbeschränkte gelten[7]). Endlich, wenn die zu Erben Eingesetzten sich auch gegenseitig substituirt sind, so liegt in der Exheredation von einem Grade auch die von dem anderen[8]).

4. *a tota hereditate;*

5. *non post aditam hereditatem*, (z. B. nicht so: Gaius heres mihi esto et cum Gaius hereditatem adierit, filius exheres esto; was ja eine perplexe Verfügung wäre), indem eine iusta exheredatio des suus erst der aditio des Eingesetzten den Weg bahnen soll[9]).

6. Auch darf die Enterbung nicht auf die Zeit nach dem Tode des Enterbten hinausgerückt sein (z. B. nicht also lauten: Gaius post mortem filii mei heres esto, filius meus exheres esto; wo dann die Antretung der Erbschaft bei Lebzeiten des Sohnes nicht geschehen könnte[10]).

Wird ein in der potestas des Testators befindlicher Sohn präterirt, d. h. weder rite instituirt noch exheredirt, so ist das Testament nichtig, und zwar nach der später allgemein recipirten Ansicht der Sabinianer von seiner Errichtung an (nicht erst, wie die Proculianer meinten, vom Augenblick des Todes des Testators an, falls dann ein filius suus heres sich als präterirt herausstellte), und es kann von

4) L. 3. §. 6. de lib. et post. XXVIII. 2; l. 8. 14. pr. eod.; l. 3. §. 36. l. 8. §. 1. de B. P. c. t. XXXVII. 4; l. 75. de her. inst. XXVIII. 5; l. 43. §. 2. de vulg. et pup. subst. XXVIII. 6; l. 4. 5. 19. pr. de iniusto. XXVIII. 3. — 5) L. 1. Cod. de lib. praet. VI. 28. Vgl. dazu auch Vering, Erbr. S. 382 Note 5 und die dort. Citt. — 6) L. 3. §. 4. h. t. XXVIII. 2. — 7) L. 3. §. 5. eod. — 8) L. 19. §. 1. de iniusto. XXVIII. 3. — 9) L. 68. de hered. inst. — 10) L. 13. §. 2. h. t.; l. 4. §. 2. de hered. inst. XXVIII. 5.

den Intestaterben eine *hereditatis petitio ab intestato*, die sog. † *querela nullitatis iuris antiqui* angestellt werden. War eine Tochter oder ein Enkel aus der Zahl der sui heredes präterirt, so trat keine Nullität des Testamentes ein, sondern ein Anwachsungsrecht der Präterirten (scriptis heredibus adcrescunt), und zwar so, dass die einzelnen Präterirten (wobei aber die mehreren Enkel von einem Sohne zusammen nur als eine Person galten) den einzelnen eingesetzten suis und der Gesammtheit der eingesetzten extranei gleichgestellt wurden, also einem jeden eingesetzten suus einen Kopftheil, den eingesetzten extraneis zusammen die Hälfte wegnahmen. Wenn also Jemand z. B. seinen Sohn und zwei Fremde zu gleichen Theilen zu Erben eingesetzt, seine Tochter aber präterirt hatte, so holte sich diese von ihrem Bruder eine Virilportion, d. h. in diesem Falle $^1/_6$, und von den extranei $^1/_3$ ab, so dass demnach die Tochter $^1/_2$, Jeder der eingesetzten Erben aber $^1/_6$ erhielt[11]).

Die Agnation eines postumus suus rumpirte[12]) ursprünglich immer das Testament, weil postumi nicht institutions- und exheredationsfähig waren; seitdem sie dieses wurden[13]), wurde das Testament nur noch durch die Agnation eines nicht rite instituirten oder exheredirten postumus rumpirt. Wenn der Testator durch Exheredation des postumus die Ruption des Testamentes abwenden wollte, so konnte dieses doch nicht durch Exheredation desjenigen postumus geschehen, der erst nachher durch Arrogation oder Legitimation suus würde, denn exheredatio in extraneo res inepta est. Und wenn eine filia postuma oder ein nepos postumus aus der Zahl der künftigen sui heredes gültig exheredirt werden sollte, so musste ihnen doch ein Legat zugewandt werden, zum Zeichen, dass man an sie gedacht habe[14]). — Im Soldatentestamente gilt aber dieses formelle wie überhaupt das ganze Notherbenrecht nicht.

II. Der Prätor ging weiter und verlangte, dass nicht bloss die sui, sondern auch die emancipirten, nicht in Folge von Adoption oder Arrogation in aliena potestate befindlichen liberi (leiblichen Kinder des Testators) rite instituirt oder exheredirt würden, und

11) Paul. S. R. III. 4 b. 8: „Filia filio et extraneo aequis partibus heredibus institutis si praeterita accrescat, tantum suo avocabit, quantum *extraneo*; si vero duo sint filii instituti, suis *tertiam*, extraneis *dimidiam* tollit." Gai. II. 124; Ulp. XXII. 17. — Ganz singuläre Bestimmungen galten jedoch für die praeterirte sua und die präterirten nepotes, wenn der Kaiser von seinem libertus zum Erben eingesetzt war und neben ihm andere extranei des Erblassers eingesetzt waren. Vgl. darüber Fragm. de iure fisci. §. 11.

12) S. u. §. 265. — 13) Vgl. §. 257. S. 683. — 14) Gai. II. 134; Ulp. XXII. 18. 21. 22.

zwar Söhne und Enkel müssten nominatim, Töchter könnten auch inter ceteros exheredirt werden. Sonst gewährte er dem präterirten Kinde, aber unter Berufung auf dessen Präterition (commisso per alium edicto) auch den anderen suis und emancipatis (jedoch nicht den exheredirten Kindern) eine *contra tabulas bonorum possessio*[15]. Es fallen bei dieser die Erbeinsetzungen und Legate hinweg; jedoch tritt keine Intestaterbfolge ein, sondern es bleiben bis zum Belaufe des Kopftheils eines Contratabulanten die Erbeinsetzungen an Eltern und Kinder und die Legate an diese bestehen, sowie auch ein Vermächtniss, wodurch der Ehefrau oder der Schwiegertochter eine dos restituirt wird, die der Testator empfangen hatte; ferner bleiben Exheredationen, Pupillarsubstitutionen, Freiheitsertheilungen und tutoris dationes bestehen.

Wenn die präterirten Notherben aber aus irgend einem Grunde die bon. poss. c. t. nicht agnoscirten, so gewährte der Prätor den eingesetzten Erben das gewöhnliche prätorische testamentarische Erbrecht: die bon. poss. secundum tabulas, die aber sine re war, wenn ein suus präterirt worden war[16].

Marc Aurel bestimmte dann noch, für präterirte Töchter solle die bon. possessio c. t. nur die Wirkung haben, welche nach Civilrecht bei der Präterition von sui, die nicht filii sind, eintrete[17].

III. Justinian stellte[18] die benigna interpretatio auf, dass es, wenn der Testator durch Institution des postumus die Ruption des Testaments verhindern wolle, nichts schade, wenn der Erblasser einen falschen casus dabei angebe und der postumus in anderer Weise zum suus werde. Soll aber die Ruption durch Exheredation des postumus abgewandt werden, so ist die exheredatio nur rite facta, wenn der im Testamente vorgesehene casus wirklich eintritt. (Exheredationes non sunt adiuvandae)[19]. Uebrigens hat Justinian die obigen Unterschiede zwischen civilem und prätorischem formellen Notherbenrecht bestehen lassen und nur[20] den Unterschied des Geschlechts und des Grades unter den formellen Notherben aufgehoben, so dass jetzt auch Töchter und Enkel immer nominatim exheredirt werden müssen, und auch im Falle der Präterition von Töchtern und Enkeln, wenn dieselben zu den sui heredes gehören, Nullität des Testaments eintritt.

15) Vgl. auch oben §. 252. nr. I. 1. S. 666. — 16) L. 15. de b. p. c. t. XXXVII. 4.; l. 5. §. 2. de leg. praest. XXXVII. 5. — 17) Gai. II. 126. — 18) In l. 4. Cod. de post. hered. inst. VI 29. v. J. 530. — 19) L. 19. de lib. et post. XXVIII. 2. — 20) L. 4. Cod. de lib. praet. VI. 28. v. J. 531.

§. 262. Das Pflichttheilsrecht des Patrons und des parens manumissor[1]).

Der patronus und der parens manumissor als quasi patronus hatten nach prätor. R., falls nicht leibliche Kinder den Freigelassenen oder Emancipirten beerbten, einen Anspruch auf $^1/_2$ des Nachlasses desselben, seit Justinian auf $^1/_3$. Einerlei war es, ob der manumissus *ab intestato* oder *ex testamento* beerbt wurde. Der Patron erhielt, wenn ihm im Testamente nichts oder nicht soviel zugewandt war, eine bonorum possessio contra tabulas liberti auf jene Portion, Zuwendungen auf den Todesfall von Seiten des Freigelassenen zum Nachtheil des Patrons wurden wieder aufgehoben, und dolose Veräusserungen, die der Freigelassene unter Lebenden vorgenommen hatte, konnte der Patron, wenn der Freigelassene testatus verstarb, mit der *actio arbitraria Faviana*, und wenn derselbe intestatus verstarb, mit der *actio Calvisiana* anfechten[2]). Dem parens manumissor standen diese Rechtsmittel jedoch nicht zu[3]). Wenn dem Patron oder parens manumissor etwas in den Pflichttheil Einzurechnendes, aber nicht der ganze Pflichttheil hinterlassen war, so findet nach Justinian. R.[4]) nur noch die sog. actio † ad supplendam legitimam statt[5]). Das quasipatronatische Erbrecht hob Justinian aber zuletzt durch die Nov. 118. ganz auf; und das patronatische Notherbenrecht auf jenes Drittheil sollte auch nur noch gegenüber einem libertus centenarius (worunter man jetzt den verstand, der mindestens 100 aurei hinterliess) in Kraft bleiben und auch hier wegfallen, wenn leibliche Kinder den Freigelassenen beerbten. Gegenüber dem Testamente eines libertus non centenarius hatte der Patron jetzt keinerlei Ansprüche mehr[6]).

§. 263. Das materielle Notherben- oder Pflichttheilsrecht[1]).

I. Durch die Praxis des Centumviralgerichts[2]) erlangten, und zwar wohl schon zu Cicero's Zeit, und hatten jedenfalls seit der Kaiserzeit die nächsten Verwandten ein *materielles Notherbenrecht*, d. h.

§. 262. 1) Adolf Schmidt, Das Pflichttheilsrecht des Patrons und des parens manumissor. Heidelberg 1868.

2) Dig. si quid in fraudem patroni factum sit. XXXVIII. 5. — 3) Gai. l. 2. si a parente quis manumissus sit XXXVII. 12. — 4) L. 30. Cod. de inoff. testam. III. 28. — 5) S. folg. §. nr. VI.

6) L. rest. 4. Cod. de bon. lib. VI. 4.; Basil. XLIX. 1. 28.; §. 3. 4. Inst. de succ. lib. III. 7. Vgl. Vering, Röm. Erbr. S. 393 ff., 613 ff. und oben §. 48. S. 96 ff.

§. 263. 1) Vering, Erbr. S. 387 ff.; Danz II. a. a. O. S. 95 ff.; Windscheid §. 578 ff.; Baron, Pand. §. 415. — 2) Cf. l. 4. Cod. de lib. praeter. VI. 28.

das Recht, vom Testator zu verlangen, dass er denjenigen von ihnen, welche die nächsten Intestaterben wären, wenigstens ein Viertheil ihrer Intestatportion in irgend einer Form als Pflichttheil hinterlasse (*portio legitima* nach Analogie der *quarta Falcidia*[3])). Anfangs stand nicht fest, wie nahe die Verwandtschaft sein musste, um zu diesem Anspruche zu berechtigen; schon Ulpian[4]) erklärte, entferntere Seitenverwandte als Geschwister hätten keine Hoffnung de inofficioso testamento mit der Klage auf den Pflichttheil durchzudringen; Diocletian und Maximinian erklärten zuerst bestimmt: Pflichttheilserben seien bloss Descendenten[5]), Ascendenten u. Geschwister [6]); Constantin bestimmte aber, von den Geschwistern sollten nur die germani und die consanguinei auf den Pflichttheil Anspruch haben, und auch diese nur dann, wenn ihnen eine *turpis persona* vorgezogen sei[7]). Vor Nov. 118. bedurften indessen diejenigen Pflichttheilsberechtigten, welche kein civilrechtliches Intestaterbrecht hatten, sondern bloss zur bon. poss. gerufen waren, erst der agnitio bonorum possessionis, um den Pflichttheilsanspruch geltend machen zu können[8]).

II. Der Pflichttheil muss ohne alle Bedingung und ohne alle Belastung zugewandt werden. Sonst war es vor Justinian so, wie wenn der Pflichttheil gar nicht hinterlassen sei; nach Justinian. R. werden aber alle *gravamina* detrahirt[9]). Jedoch nimmt man an (sog. † *cautela Socini*)[10]), dass der Pflichttheilserbe sich eine Belastung gefallen lassen muss, soweit ihm dafür ein plus zugewandt ist.

III. Die Berechnung des Pflichttheils geschieht nach dem reinen Activvermögen beim Tode des Testators. Spätere Vermehrungen oder Verminderungen kommen nicht in Betracht. Was der Pflichttheilsberechtigte vom Erblasser titulo universali durch eine mortis causa dispositio erwirbt, wird in den Pflichttheil eingerechnet; was er titulo singulari durch letztwillige Verfügung vom Erblasser erwirbt, braucht er nur in soweit einzurechnen, als es ihm unmittelbar zugedacht war; das inter vivos vom Erblasser Erhal-

3) S. §. 279. — 4) L. 1. Dig. V. 2. — 5) Ueber das Pflichttheilsrecht der Adoptivkinder vgl. o. §. 236. nr. IV. VI. VII. VIII. IX. — 6) L. 21. Cod. de inoff. test. III. 28. a. 294. — 7) L. 1. 3. Th. Cod. de inoff. test. II. 19; l. 27. Cod. do inoff. test. III. 28. a. 319. — 8) L. 6. §. 2. l. 7. 8. h. t. V. 2.; c. 2. Cod. eod. III. 28. — 9) C. 32. h. t. III. 28.

10) Indem Mariano Socini aus Siena, † 1556, dieses in einer Abhandlung, einem Gutachten in einem Florentinischen Rechtsfalle, näher ausführte. Es findet sich dieser Satz jedoch schon bei *Angelus* und *Durantis*, und es steht demselben die l. 44. pr. de bon. libertor. XXXVIII. 2. bereits sehr nahe. Vgl. practische Fälle in Seuffert's Archiv. Bd. IV. S. 206. XI. 165. XIX. 174.

tene braucht er nicht in den Pflichttheil einzurechnen, ausser[11]) die empfangene dos oder propter nuptias donatio, und[12]) das zur Anschaffung einer wiederverkäuflichen militia (eines Hofamtes) Erhaltene, und[13]) die Schenkung, bei der sogleich erklärt worden war, sie müsse in den Pflichttheil eingerechnet werden.

IV. 1. War nun den pflichttheilsberechtigten nächsten Intestaterben gar nichts oder nicht der ganze Betrag des Pflichttheils hinterlassen, so konnten sie, *quasi non sanae mentis fuisset testator*, falls sie nicht etwa sich lieblos gegen den Erblasser betragen hatten, zur Rescission des Testamentes, resp. der einzelnen Erbeinsetzung, um ihren Intestaterbtheil zu erhalten, eine besondere *querela inoffiociosi testamenti*[14]) anstellen.

Es ist die querela inoff. testamenti ein hered. petitio ab intestato, indem sie auf Eröffnung der Intestaterbfolge geht. Man nennt sie aber auch wohl † qualificata, weil bei ihr erst ein Hinderniss der Intestaterbfolge hinwegzuräumen ist.

2. Die querela inofficiosi testamenti ist höchst subsidiär[15]) und † *vindictam spirans*. Sie geht jedoch bereits auf die Erben über, wenn der ursprünglich Berechtigte sich schon irgendwie bestimmt erklärt hatte, die Querel anstellen zu wollen[16]). Nach Justin. Rechte[17]) sollen Descendenten des Erblassers sogar auch ohne dass sie die Querel vorbereitet hätten, dieselbe auf ihre Descendenten transmittiren. (Nach der herrschenden Lehre soll die Nothwendigkeit der Präparation der q. i. t. auf den Fall beschränkt sein, wo der Notherbe vor der Erklärung des Antritts der Erbschaft von Seiten des Testamentserben gestorben ist). Wer mit der Querel unterliegt, verliert alles ihm sonst Zugewandte. In fünf Jahren vom Augenblick der Erbschaftsantretung des Testamentserben an verjährt die Querel; jedoch wird eigenthümlicher Weise hier der Lauf der Verjährung schon von selbst gehemmt, wo sonst bei Verjährungen erst eine i. i. restit. nöthig wäre[18]).

3. Verzichtete Einer von mehreren zunächst berechtigten nichtbedachten (und nicht etwa wegen Indignität u. dgl. rechtmässig präterirten) Pflichttheilserben auf die Anstellung der Querel, oder liess er sie verjähren, oder starb er, bevor er sie vorbereitet hatte, so können die anderen Pflichttheilserben die Querel auf seinen Antheil mit anstellen[19]). Dieses eigenthümliche *Accrescenzrecht unter den Pflichttheilserben* tritt nach demselben Maassstabe wie das unter Intestaterben ein.

11) Nach Zeno l. 29. Cod. h. t. III. 28. — 12) Nach Justinian l. 30. §. 2. Cod. eod. — 13) Nach Justinian. l. 35. §. 2. Cod. eod. — 14) Vgl. Windscheid §. 584. — 15) §. 2. Inst. h. t. — 16) L. 6. §. 2. l. 7. l. 8. pr. h. t. „Ipsius enim iniuria est.“ — 17) L. 34. Cod. h. t. a. 530.; cf. l. 36. eod. — 18) L. 8. §. 17. Dig. h. t.; l. 34. 36. Cod. h. t. — 19) L. 17. pr., l. 23. §. 2. h. t.

4. Ausserdem gibt es auch eine eigenthümliche *successio in querelam*. So oft nämlich der nächste oder die mehreren nächsten Pflichttheilserben nicht bedacht sind, aber die Querel entweder nicht anstellen wollen, weil sie auf dieselbe verzichten oder die Zeit für die Anstellung derselben unbenutzt vorübergehen lassen, oder die Querel nicht anstellen können, weil sie vor der Anstellung derselben versterben, oder die Uebergehung durch schlechtes Betragen verdient haben: so kann der nächstfolgende pflichttheilsberechtigte Intestaterbe die Querel anstellen, wenn er in solchem Falle nicht selbst mit dem Pflichttheil bedacht worden ist[20]). Es gilt auch bei dieser successio in querelam, wie bei der reinen Intestaterbfolge, eine successio ordinum und (obschon dieses Manche bestreiten) auch eine successio graduum[21]).

5. Es kann diese querela inoff. test. nicht zugleich gegen die mehreren Testamentserben in *einem* Prozesse angestellt werden, sondern es sind so viele besondere Prozesse anzustellen, als Kläger und Beklagte sich gegenüber stehen. Auch braucht das Testament nicht und kann es vielleicht auch nicht gegenüber jedem einzelnen darin zum Erben Eingesetzten angefochten werden. In jedem einzelnen Prozesse wird hier nun der Satz *nemo pro parte* vollständig angewandt, und das Testament, je nachdem der Beklagte oder der Kläger siegt entweder also ganz für gültig oder ganz für ungültig erklärt. Gegenüber dem mit der Querel Besiegten und für den siegenden Kläger wird das Testament also immer gänzlich rescindirt, und vollständige Eröffnung der Intestaterbfolge tritt ein, wenn gegenüber allen im Testamente Eingesetzten oder wenn sogar von einem nur zu einem Theile ab intestato berufenen Pflichttheilserben oder gar von einem zur Intestaterbfolge gar nicht Befugten die Querel gegen einen heres ex asse (d. h. auf das Ganze eingesetzten Erben) durchgesetzt wird[22]). Aber da die Querela nicht auf einer vom Gesetze eingeführten Rechtsnorm, sondern nur auf der Praxis des Centumviralgerichtes beruht, so erstreckt sich die Wirkung des Urtheils immer auch nur in der gewöhnlichen Weise auf die beiden einzelnen Parteien des einzelnen Prozesses (res iudicata ius tantum facit inter partes)[22a]). Es konnte nun der Kläger in dem einen Prozesse vor dem einen consilium des Centumviralgerichts siegen, im andern Prozesse vor dem andern consilium gegen den anderen Testamentserben unterliegen[23]) und viel-

20) L. 31. pr. h. t.; l. 14. eod. — 21) Vgl. Vangerow II. §. 480 a. E. — 22) L. 6. §. 1. h. t.; vgl. auch l. 19. h. t. (eine der † leges damnatae der Glossatoren) und darüber Vering, Erbr. S. 407—408. — 22a) Vgl. o. §. 130. IV. S. 272. — 23) Vgl. o. §. 106. S. 210; Rudorff, Röm. Rgsch. Bd. 2. §. 7. Note 26—30.

leicht waren nicht alle Intestaterben zugleich pflichttheilsberechtigte oder stellte der Pflichttheilsberechtigte wegen Mangels der Voraussetzungen in der Person des einen oder andern eingesetzten Erben (z. B. weil dieser keine persona turpis ist, gegen welche allein die Geschwister des Erblassers die Querel anstellen können), überhaupt gegen den einen oder andern Testamentserben die Querel gar nicht an. So gilt hier also, wenn man auf die mehreren Fälle zugleich sieht, möglicher Weise dasselbe Testament für den einen Fall, und muss der daraus Erbe Gewordene desshalb auch die ihm speciell auferlegten oder pro rata seines Erbtheils aufliegenden Vermächtnisse entrichten, während für den andern Fall das Testament ungültig ist, und der betreffende Eingesetzte dem mit der Querel siegreichen Intestaterben alles diesem ab intestato Zukommende herausgeben muss und zwar ohne dass der Intestaterbe Vermächtnisse zu leisten brauchte. Es liegt darum eine scheinbare Ausnahme von dem Satze: *nemo pro parte rel.* vor. In den Quellen[24]) heisst es auch wiederholt, dass in diesen Fällen der Erblasser pro parte testatus pro parte intestatus decessisse *videretur*[25]).

V. Wenn der Pflichttheil durch zu grosse Schenkungen oder Dos-Bestellungen unter Lebenden sich beim Tode des Erblassers als verletzt herausstellt, so können diese nach einem Rescript von Severus und sich daran anschliessenden kaisserlichen Constitutionen von den Pflichttheilserben, welche keinen Enterbungsgrund gegen den Erblasser verschuldeten, durch die ebenfalls in 5 Jahren verjährende, subsidiäre und *vindictam spirans querela* † *inofficiosae donationis* oder † *dotis* soweit rescindirt werden, als es nöthig ist, damit der Pflichttheil nicht mehr verletzt sei[26]).

VI. Seit Justinian[27]) findet die *querela inofficiosi testamenti* nicht mehr statt, wenn wenigstens etwas dem Pflichttheilserben hinterlassen ist, und derselbe vom Uebrigen nicht ausdrücklich exheredirt ist. Es wurde schon früher oft ausdrücklich die Clausel

24) Papinian. l. 15. §. 2. Ulp. l. 24. l. 25. §. 1. de inoff. testam. V. 2. Zu der schlecht excerpirten oder redigirten l. 25. §. 1. cit. bildet die Glosse folgenden Fall (vgl. Sintenis, deutsch. corp. iur. I. S. 594 der 2. Aufl.): Der Testator hinterlässt zwei Söhne und seinen Vater; erstere enterbt und letzteren übergeht er, während er zwei Fremde zu Erben einsetzt. Die Söhne werden ausgeschlossen entweder durch Zeitablauf oder Ausschlagen der Erbschaft; der Vater dringt aber mit seiner gegen den Einen der Erben erhobenen Klage (pro parte) durch." Vgl. auch Vering, Erbr. S. 408.

25) Vgl. o. §. 248. nr. II. am Ende und nr. III. S. 655 f.; Vering, Röm. Erbr. S. 437 ff. — 26) Vgl. o. §. 93. S. 183 f.; Vat. fragm. 270 sq. 280. 282. 293.; l. 87. §. 3. de legat. III.; Th. Cod. II. 20. 21.; Just. Cod. III. 29. 30.; Nov. 92. — 27) L. 30. Cod. de inoff. test. III. 28.

hinzugefügt, dass, wenn das Hinterlassene nicht den Pflichttheil erreiche, soviel als zu seiner Ergänzung nöthig sei, als mehr hinterlassen gelten solle, und diese Clausel sollte jetzt im Zweifel als selbstverständlich angesehen werden. Statt auf das unzureichend Hinterlassene stellt dann also der Erbe oder Legatar seine Erbschafts- oder Legatenklage auf den vollen Betrag des Pflichttheils an *(actio † ad supplendam legitimam)*, und diese Klage hat, weil hier keine Lieblosigkeit vorliegt, nicht das odium der querela inofficiosi testamenti; sie verjährt nicht in fünf Jahren u. s. w.

VII. Justinian[28]) erhöhte auch den Pflichttheil auf ein Drittheil des Intestaterbtheils, wenn höchstens vier, und auf die Hälfte der Intestatportion, wenn mehr als vier Intestaterben da seien; es soll aber der Exheredirte bei der Berechnung der Intestaterbtheile mitgezählt werden, wodurch in einem Falle, nämlich wenn von 5 Kindern eines gültig exheredirt ist (und also der Pflichttheil $^1/_{10}$ der Erbschaft beträgt) eine Vergrösserung, und wenn von 6 Kindern 2 exheredirt sind, keine Veränderung, in allen anderen Fällen aber eine Verminderung des Pflichttheils herbeigeführt wird: † *Exheredatus numerum facit ad augendam, partem facit ad minuendam legitimam*, (weil er an der eröffneten Intestaterbfolge participirt)[29]).

VIII. Das Pflichttheilsrecht der Geschwister besteht in jener Weise auch noch im neuesten justinianischen Rechte; das materielle Pflichttheilsrecht der Eltern und Kinder ist aber durch Novelle 115. zu einem s. g. gemischten, d. h. zugleich formellen und materiellen Notherbenrecht gesteigert.

§. 264. Das Notherbenrecht der Novelle 115[1]).

I. 1. Diese bestimmte im cap. 3, die Ascendenten sollten ihre Descendenten künftig immer zu Erben einsetzen und nur mehr enterben dürfen, wenn einer von vierzehn in der Nov. aufgezählten Gründen (durchweg causae ingratitudinis vel offensionis) vorhanden sei. Im cap. 4 wurden acht Gründe aufgestellt, aus welchen die Descendenten ihre Ascendenten enterben dürften.

Die einzelnen Enterbungsgründe sind:

A) für *Enterbung der Kinder* nach Nov. 115. cap. 3. §. 1. Si quis parentibus suis manus intulerit. §. 2. Si gravem et inhonestam iniuriam eis in-

28) Nov. 18. — 29) Ueber die Berechnung des Pflichttheils in den neueren Particulargesetzgebungen vgl. Bruns in Holtzendorff's Encycl. Bd. 1. S. 435 der 2. Aufl.; vgl. auch das. S. 1002, 1031, 1129; Schütze in dessen R.-Lex. II. s. v. „Pflichttheilsberechnung"; Unger §. 80 f.

§. 264. 1) Vering, Röm. Erbr. S. 414 ff.; Unger §. 79.; Vangerow II. §. 484 ff.; Windscheid III. §. 587 ff.; Arndts, Ges. civ. Schr. Bd. 2. S. 651 ff., Pand. 601—603.; Schütze in Holtzendorffs Rechtslexikon. Bd. II. s. v. „Präterition."

gesserit. §. 3. Si eos in criminalibus causis accusaverit, quae non sunt adversus principem sive rempublicam. §. 4. Si cum maleficis hominibus ut maleficus conversatur. §. 5. vel vitae parentum suorum per venenum aut alio modo insidiari tentaverit. §. 6. Si novercae suae aut concubinae patris filius sese immiscuerit. §. 7. Si delator contra parentes filius extiterit et per suam delationem gravia eos dispendia fecerit sustinere. §. 8. Si quemlibet de praedictis parentibus inclusum esse contigerit, et liberi . . . vel unus ex his in sua eum noluerit fideiussione suscipere . . ., in quantum esse qui petitur probatur idoneus; hoc tamen . . . ad masculos tantummodo liberos volumus pertinere. §. 9. Si convictus fuerit aliquis liberorum ex eo, quia prohibuit parentes suos condere testamentum . . . §. 10. Si praeter voluntatem parentum inter arenarios vel mimos sese filius sociaverit et in hac professione permanserit, nisi forsitan etiam parentes eiusdem professionis fuerint (cf. L. 11. Cod. de inoff. test. III. 28.). §. 11. Si alicui ex praedictis parentibus volenti suae filiae vel nepti maritum dare et dotem . . . pro ea praestare, illa non consenserit, sed luxuriosam degere vitam elegerit. Si vero usque ad 25 annorum aetatem pervenerit filia et parentes distulerint eam marito copulare et forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare aut sine consensu parentum marito se, libero tamen, coniungere, hoc ad ingratitudinem filiae nolumus computari. . . . §. 12. Si quis de praedictis parentibus furiosus fuerit et eius liberi vel quidam ex his aut liberis ei non existentibus alii eius cognati . . . obsequium ei et curam competentem non praebuerint, si quidem a tali sanatus fuerit infirmitate, erit ei potestas, utrum velit negligentem filium vel filios aut cognatos ingratum vel ingratos in suo scribere testamento . . . §. 13. Si unum de praedictis parentibus in captivitate detineri contigerit et eius liberi sive omnes sive unus non festinaverint eum redimere. . . . §. 14. Si quis de praedictis parentibus orthodoxus constitutus senserit suum filium vel liberos non esse catholicae fidei nec in sacrosancta ecclesia communicare, in qua beatissimi patriarchae una conspiratione et concordia fidem rectissimam praedicant . . . licentiam habeant pro hac maxime causa ingratos eos et exheredes in suo scribere testamento.

B) für *Enterbung der Eltern* nach Nov. 115. cap. 4. §. 1. Si parentes ad interitum vitae liberos suos tradiderint, citra causam tamen, quae ad maiestatem pertinere cognoscitur. §. 2. Si venenis aut maleficiis aut alio modo parentes filiorum vitae insidiati probabuntur. §. 3. Si pater nurui suae aut concubinae filii sui sese immiscuerit. §. 4. Si parentes filios suos testamentum condere prohibuerint in rebus, in quibus habent testandi licentiam . . . §. 5. Si contigerit aut virum uxori suae ad interitum aut alienationem mentis dare venenum aut uxorem marito vel alio modo alterum vitae alterius insidiari. . . . liberis esse licentiam, nihil in suis testamentis de facultatibus suis illi personae relinquere . . . §. 6. Si liberis vel uno ex his in furore constituto parentes eos curare neglexerint . . . §. 7. His casibus etiam cladem capitivitatis adiungimus . . . §. 8. Si quis de praedictis liberis orthodoxus constitutus senserit suum parentem vel parentes non esse catholicae fidei, haec et in eorum persona tenere quae supra de parentibus iussimus.

Jeder einzelne im Gesetze genannte Enterbungsgrund ist allerdings einer analogen Ausdehnung fähig. Nur soll (nach c. 3. pr. der Nov.) aus der allgemeinen Grundlage der einzelnen Enterbungsgründe, nämlich aus der Undankbarkeit gegen den Erblasser und dem schlechten, verächtlichen Lebens-

wandel kein neuer weiterer Enterbungsgrund über die Zahl der im Gesetze angegebenen hinaus abgeleitet werden[2]).

2. Der Enterbungsgrund sollte nun auch im Testamente angegeben werden müssen. Falls er bestritten wird, muss er von den eingesetzten Erben bewiesen werden. Es ist aber der Gegenbeweis möglich, dass er vor dem Tode des Testators durch vollständige Aussöhnung, Aenderung des Lebenswandels etc. gehoben sei.

3. Kinder brauchen bei Exheredation der Eltern und die Mutter bei Exheredation der Kinder bloss den Enterbungsgrund anzugeben. Ob dieses aber auch bei der Enterbung der sui und emancipati von Seiten des Vaters nach der Nov. 115 genüge, oder ob hier zugleich noch immer die Formvorschriften des alten Rechtes zu beobachten seien, die Exheredation also noch immer nominatim, ab omnibus gradibus u. s. w. geschehen müsse, ist bestritten. Wir halten die letzte Ansicht für die richtige, denn

II. die Novelle 115. ist als correctorisches Gesetz stricte zu interpretiren, so dass daher das ganze frühere Notherbenrecht noch gilt, soweit es nicht unzweifelhaft mit der Novelle im Widerspruch steht. Man nennt diese Ansicht, für welche bis zur neuesten Zeit die meisten Juristen sich aussprachen, passend mit *Mühlenbruch*[3]) das Correctionssystem oder mit *Puchta*[4]) das Additionalsystem. In neuerer Zeit haben aber auch viele Schriftsteller die Meinung geltend gemacht, es sei die Nov. 115. als ein das ganze frühere ältere Notherbenrecht umgestaltendes und vereinfachendes selbstständiges Gesetz anzusehen, welches dem ältesten Notherbenrechte überhaupt derogire, insoweit es dasselbe nicht bestätige, so dass demnach immer nur von dem remedium ex Nov. 115. die Rede sein könne. Ein solches vollständiges Derogations- oder Reformsystem[5]) lässt sich nicht um desswillen annehmen,

2) Ueber die Auslegung und heutige Anwendung dieser Bestimmungen sehe man Arndts in Weiske's Rtslex. III. S. 895—900, Ges. civ. Schr. II. 665 ff.; Schmidt a. a. O. S. 162—166. Vgl. Unger, Das österr. Erbrecht §. 83.

3) Forts. v. Glück Bd. 37. S. 308. — 4) Pand. §. 493. Note c.

5) Das Derogationssystem wird von den meisten Neueren aber wieder in dreifach verschiedener Weise angenommen, nämlich 1. v. Francke, Das Notherbenrecht §. 28. 31., Arndts, Pand. §. 598 und wie es scheint, auch Windscheid III. §. 592. u. A. behaupten, nicht bloss die Rechtsmittel des alten Rechts († querela nullitatis iuris antiqui und B. P. c. t.) seien weggefallen, sondern sogar die Formvorschriften bei Einsetzung uud Enterbung von sui und emancipati; 2. Mühlenbruch in der Forts. von Glück Bd. 37. S. 192 ff. gibt zwar zu, dass die Formvorschriften über Einsetzung oder Enterbung der sui und emancipati noch fortwährend zu beobachten seien, meint aber, dass nun auch, wenn dagegen gefehlt sei, gerade so, wie wenn unmittelbar gegen die neuen Vorschriften der Nov. 115. verstossen, immer das † remedium ex. Nov. 115 angewandt werden müsse; 3. Puchta (Pand. §. 493.

weil eine Vereinfachung des Notherbenrechtes durch Justinian wünschenswerth gewesen wäre, und steht mit den Bestimmungen der Nov. 115. nicht im Einklang[6]). Es ist daher das Notherbenrecht der sui und emancipati, falls diese präterirt sind, d. h. gegen die Formvorschriften gefehlt ist, noch das frühere († *querela nullitatis iuris antiqui* und *bonorum possessio contra tabulas)*, und die Novelle 115. hat nur die Fälle für Eltern und Kinder geändert, wo nach älterem Rechte die *querela inofficiosi testamenti* begründet war. Es braucht sich der pflichttheilsberechtigte Descendent oder Ascendent nämlich nicht mehr, wie früher, damit zu begnügen, dass er mit dem Pflichttheil *titulo legati* bedacht, jedoch die Ehre der Erbeinsetzung ihm versagt und er dagegen exheredirt wird. Aber eine Einsetzung zum Erben auf einzelne Sachen soll bereits genügen[7]). Wenn daher nun Descendenten zwar rite exheredirt sind, aber ohne Angabe eines der 14 Enterbungsgründe oder unter Angabe eines unwahren Enterbungsgrundes, oder wenn Ascendenten präterirt, oder zwar exheredirt sind, aber ohne Angabe eines der 8 Enterbungsgründe oder unter Angabe eines unwahren Enterbungsgrundes, so tritt in Folge dessen nach Nov. 115. Nullität der Erbeinsetzungen und Intestaterbfolge ein (sog. Nullitätssystem, welches schon der Glossator *Martinus* vertheidigte), aber alle übrigen Verfügungen des Testamentes bleiben bestehen. Die Nullität der Erbeinsetzungen ist eine absolute, d. h. für alle Intestaterben, auch sogar für die Exheredirten eintretende, nicht eine bloss relative, nur für den verletzten siegreichen Pflichttheilsberechtigten geltende[8]). Jene Nullität der Erbeinsetzungen wird geltend gemacht durch eine hereditatis petitio ab intestato, die man heutzutage auch die † *querela nullitatis iuris novi* nennt. Dieses remedium ex novella 115 hat nicht die Eigenthümlichkeiten der *querela inofficiosi testamenti*[9]), also sie ist nicht vindictam spirans,

Note e) glaubt, dass seit der Nov. 115. die Formvorschriften des früheren Notherbenrechts nicht bloss auf die liberi zu beschränken, sondern auf alle Descendenten und Ascendenten anzuwenden, und wenn dagegen gefehlt worden, stets ausschliesslich die Klage aus der Nov. 115. zulässig sei.

6) Vgl. Vangerow §. 486; Vering, Erbr. S. 424 ff. Note 4.

7) Nov. 115. c. 5. — 8) Nov. 115. c. 3. §. 14; c. 4. §. 9.

9) Wir halten, wie bemerkt, für das Richtige das Nullitätssystem. Die entgegengesetzte Ansicht ist das sog. Inofficiositätssystem, welches schon Bulgarus, Duarenus, Cujacius und in neuerer Zeit Glück, Mackeldey, Windscheid §. 591. vertheidigten. Unrichtig ist auch das sog. gemischte System, welches der Glossator Ioannes und mit diesem Accursius in der glossa ordinaria und unter den Neueren noch Puchta, Pand. §. 493. aufstellte, wornach, wenn keine gesetzliche Enterbungsursache angeführt ist, weil gegen die Form gefehlt sei, Nichtigkeit der Erbeinsetzungen eintreten, dagegen, wenn ein gesetzlicher Enterbungsgrund angeführt ist, aber der Notherbe

keine bloss subsidiäre Klage, sie geht auch ohne bereits vorbereitet zu sein, auf die Erben des Berechtigten über, wenn dieser bereits ipso iure oder durch Antritt Erbe geworden war, sie verjährt erst in dreissig Jahren, und sie bewirkt auch nicht im Falle des Unterliegens Verlust des sonst Zugewandten.

Ascendenten und Descendenten können die querela inoff. testamenti nur dann noch anstellen, wenn sie in Folge einer successio in querelam, d. h. weil der nächstberechtigte Notherbe gehörig ausgeschlossen, aber der darauf folgende ganz übergangen ist[10]), dazu berufen sind.

III. Novelle 115. cap. 5. bestimmte auch, die Grundsätze über die actio † ad supplendam legitimam sollten noch wie früher gelten.

IV. Bestehen liess Justinian aus dem älteren Rechte die *exheredatio † bona mente*, d. h. wenn aus den Umständen hervorgeht, dass trotz der Exheredation für den Notherben besser gesorgt ist, als wenn man ihn direct zum Erben eingesetzt hätte, so kann desshalb das Testament nicht angegriffen werden[11]).

Verzeihung nach der Testamentserrichtung hebt die Enterbung auf.

V. Nach canonischem Rechte kann man auch durch einen Eid gültig auf seinen Pflichttheil verzichten[12]).

§. 265. Der Wegfall des Testamentes und die Anerkennung der Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testamentes[1]).

I. Wenn ein Testament ab initio nichtig ist, so heisst es *testamentum nullum*, falls der Nichtigkeitsgrund in mangelnder *testamenti factio* (activa des Erblassers) oder im Mangel des wesentlichen Inhalts besteht, z. B. bei Präterition eines suus.

II. Liegt der Nichtigkeitsgrund in Mängeln der Form, so sagt man das *testamentum* sei *iniustum*, *imperfectum*, *non iure factum*.

III. Tritt erst später Ungültigkeit ein, so ist das *testamentum irritum*, falls der Testator die anfangs vorhandene Testirfähigkeit

die Wahrheit desselben läugnet, die querela inoff. testamenti von dem Notherben angestellt werden soll. Vering, Erbr. S. 422 ff.; Baron, Pand. S. 837.

10) S. vor. §. nr. IV. 4. S. 703. — 11) L. 18. Dig. h. t. XXVIII. 2; l. 12. §. 2. de bon. libert. XXXVIII. 2; l. 16. §. 2. de cur. XXVII. 10; l. 25. Cod. de inoff. test. III. 28; Nov. 115. c. 3. — 12) C. 28. x. de iureiur. II. 24.

§. 265. 1) Gai. II. 138—151; Ulp. XXIII. 1—5; Inst. II. 17. quibus modis testamenta infirmantur; Dig. XXVIII. 3. de iniusto rupto irrito facto testamento; XXVIII. 4. de his quae in testamento delentur etc. — Vgl. de inofficios. test. die Quellen vor §. 261. o. S. 696. — Dig. XXIX. 4. si quis omissa causa testamenti ab intestato . . . possideat hereditatem; Cod. eod. VI. 39. Vgl. auch o. §. 258. S. 687 f. über die Indignität. — Vering, Röm. Erbr. S. 456 ff.; Baron, Pand. §. 405; Vangerow II. §. 457 ff.; Windscheid III. §. 563.

durch capitis diminutio minima verliert[2]), wobei jedoch zu bemerken ist, dass das Testament eines Soldaten nicht irritum wird, wenn er eine cap. dim. minima erleidet.

IV. Das *testamentum* heisst *destitutum*, wenn keiner der eingesetzten Erben antritt. Wenn in einem Testamente Freilassungen angeordnet waren, so rief Marc. Aurel falls es destitut werden wollte, vor dem Fiscus quemvis e populo, welcher eine Caution leistete, die Erbschaftsgläubiger zu befriedigen und die Manumissionen vorzunehmen *(addictio bonorum libertatum conservandarum causa)*. Auch die manumittirten Sclaven konnten die addictio nachsuchen. Diese addictio wandte man dann auch auf Intestaterbschaften an, wenn codicillarisch Freiheitsvermächtnisse aufgelegt waren[3]). Haben die Testamenterben sämmtlich die Erbschaft doloser Weise ausgeschlagen, z. B. um als Intestaterben anzutreten, oder weil sie von diesen bestochen sind, so müssen sie die Vermächtnisse dennoch entrichten (nach dem *edictum si quis omissa causa testamenti ab intestato hereditatem petierit)*[4]).

V. Das testamentum ist *rescissum*, wenn es durch querela inofficiosi testamenti umgestossen ist[5]).

VI. Das testamentum ist *ruptum*, wenn ein präterirter postumus suus (durch Zeugung oder Adoption) agnascirt[6]), oder der Testator seine letzte Willensordnung gültig widerruft.

Der *Widerruf* eines Testamentes kann, wenn es ein schriftliches ist, ganz oder theilweise durch absichtliche Vernichtung aller oder einiger Erbeinsetzungen oder sonstiger Bestimmungen geschehen. Wenn bloss alle Erbeinsetzungen vernichtet werden, so bleiben die übrigen Verfügungen als codicillarische[7]) in Kraft. Sonst konnte natürlich stets ein Testament durch Errichtung eines neuen rechtsgültigen Testamentes gültig widerrufen werden[8]). Aber es wird nach einer Novella von Theodos II.[9]) ein älteres Testament durch ein neueres rumpirt, wenn das neuere Testament zwar als solches noch nicht vollständig sollennisirt ist, sondern bloss die Codicillarform hat, aber die in dem älteren Testamente übergegangenen Intestaterben darin eingesetzt sind; es gilt dann das *testamentum posterius imperfectum* als Intestatcodicill, d. h. an Stelle der im älteren Testamente Instituirten treten die Intestaterben ein, und diese haben die Legate zu leisten. Nach Honorius

2) S. o. §. 249. S. 661. — 3) Keller, Grundriss der Inst. §. 296. S. 280—285. — 4) L. 2. l. 4. §. 1. h. t. XXIX. 4. — 5) Vgl. o. §. 263. nr. IV. — 6) Vgl. o. §. 249. nr. V. S. 261 f. — 7) S. u. §. 277. 279. — 8) Gai. II. 144; Ulp. XXIII. 2; §§. 2. 7. Inst. h. t. II. 17; l. 27. Cod. de testam. VI. 23. — 9) L. 21. §. 3. Cod. de testam. VI. 23.; Ulp. l. 2. de iniusto XXVIII. 3,

erlischt ein Testament auch schon durch blossen Ablauf von 10 Jahren (per longum tempus)[10]; nach Justinian muss aber um die Ruption herbeizuführen noch dazu während der 10 Jahre oder nach Ablauf derselben ein Widerruf des Testamentes vor Gericht oder vor drei Zeugen hinzukommen[11]. Wenn der Testator das spätere Testament, welches er errichtete, in der erklärten Absicht, das frühere wieder geltend zu machen, zerstörte, so gewährte der Prätor den in diesem früheren Testamente Eingesetzen eine bonorum possessio secundum tabulas cum re[12]. Wenn der Testator zu dem späteren Testamente nur durch die irrige Meinung, dass die im früheren Testamente Eingesetzten hinweggefallen seien, (z. B. auf falsche Kunde von deren Tode hin) veranlasst wurde, so sollen die Erbeinsetzungen des früheren Testamentes gültig bleiben und nur aus dem zweiten Testamente, wie aus einem Codicille, die Legate entrichtet werden[13]. Ob durch das Abholen des testamentum iudiciale aus dem gerichtlichen Gewahrsam das Testament aufgehoben werde, ist quaestio, was die Absicht des Testators dabei gewesen ist.

VII. Die Anerkennung der Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testaments[14] von Seiten des für den Fall der Ungültigkeit oder Gültigkeit zur Erbschaft Berufenen begründet:

1. wenn sie durch Vertrag geschieht wie der Anerkennungsvertrag überhaupt[15], entweder einen blossen Beweisvertrag (wie die durch Vergleich, Schiedsrichter- und Schiedseidvertrag erklärte Anerkennung) oder einen eigentlichen Anerkennungsvertrag, indem im ersteren Falle der Anerkennende sich gegenüber dem anderen Theile verpflichtet, keinen weiteren Beweis für die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testaments zu fordern oder im zweiten Falle, die Gültigkeit resp. Ungültigkeit des Testamentes nicht bestreiten zu wollen, das Gegentheil nicht behaupten zu wollen. Immer aber liegt in dem Anerkennungsvertrage nur ein Verzicht des Anerkennenden gegenüber dem anderen Contrahenten, nicht auch gegenüber Dritten, nicht überhaupt ein Verzicht auf das Erbrecht schlechthin, so dass darauf hin die nach dem Anerkennenden Be-

10) L. 6. Cod. Th. de testament. IV. 4. — 11) L. 27. Cod. de testam. VI. 23. — 12) Pap. l. 11. §. 2. de B. P. s. t. XXXVII. 11; cf. §. 2. Inst. quib. mod. test. inf. II. 17. — 13) L. 92. de her. inst. XXVIII. 4; l. 4. Cod. eod. tit. VI. 24.; l. 5. Cod. de testam. VI. 23.

14) Vgl. Dedekind, Ueber die Anerkennung ungültiger letztwilliger Anordnungen. Braunschweig 1872; Windscheid, Pand. Bd. 3. §. 566; Unger §. 22. Anm. 4. und die bei diesen Citt.

15) Vgl. o. §. 189. nr. VI. S. 455 f.

rufenen die Erbschaft in Anspruch nehmen könnten.[16]) Ebenso kann auch umgekehrt Vermächtnissnehmern und Erbschaftsgläubigern die Anerkennung nicht entgegengehalten werden[17]), weil ein Vertrag zweier Interessenten nicht über die Rechte Dritter verfügen kann, während allerdings die Gläubiger und Vermächtnissnehmer ihrerseits sich auf die Anerkennung berufen können[18]), weil derjenige, der den Anspruch auf die Erbschaft erhebt, auch die darauf haftenden Lasten übernehmen muss.

2. Eine nicht vertragsmässige Anerkennung der Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testaments hat die Beweiskraft eines aussergerichtlichen Geständnisses[19]) und wenn sie in Kenntniss der Ungültigkeit beziehw. Gültigkeit des Testaments geschieht, ist sie als Ausschlagung der dem Anerkennenden angefallenen Erbschaft zu betrachten[20]). Wenn ein übergegangener pflichttheilsberechtigter Notherbe irgendwie eine Anerkennung des Testaments kundgibt, so verzichtet er damit auf sein Anfechtungsrecht[21]).

16) Windscheid §. 566. Note 2 sagt mit Recht: „Die Auffassung der Anerkennung als einer Veräusserung der Erbschaft (Vangerow §. 457. Anm., Sintenis III. S. 469, Mühlenbruch-Glück Bd. 37. S. 269 f.) entspricht nicht dem Sinne der Parteien und ist unnöthig.“

17) L. 29. §. 2. de inoff. test. V. 2; l. 3. pr. de transact. II. 14. sagen dieses von Vermächtnissnehmern ausdrücklich (während dagegen allerdings das zwischen den gesetzlichen und den Testamentserben ergangene Urtheil auch für die Vermächtnissnehmer überhaupt für Alle, für oder gegen welche sich aus der Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testaments Ansprüche ergeben, massgebend ist. L. 3. pr. de pign. XX. 1; l. 14. de appell. XLIX. 1; l. 50. §. 1. de legat. I.; l. 8. §. 16. l. 17. de inoff. test. V. 2; l. 12. pr. §. 2. Cod. de O. H. III. 31. — L. 50. §. 1. i. f. de legat. I.; l. 15. §. 2. de inoff. testam. V. 2. Vgl. Windscheid I. §. 132. Note 8. 9.) Dafür, dass den Gläubigern die Anerkennung nicht entgegengehalten werden kann, spricht ausser dem im Texte hervorgehobenen allgemeinen Rechtssatze auch durchaus die Billigkeit und das Gegentheil lässt sich nicht einmal für das rechtskräftige Urtheil nachweisen. Vgl. Windscheid §. 566. Note 3. Anderer Meinung ist u. A. Wetzell, Civilprozess §. 47. Note 33.

18) Von den Erbschaftsgläubigern sagt dieses l. 14. de transact. II. 15. ausdrücklich, und es verhält sich so bezüglich ihrer auch beim rechtskräftigen Urtheil. Vgl. die vorige Note. Das Gleiche gilt bezüglich der Vermächtnissnehmer beim rechtskräftigen Urtheile l. 3. pr. de pign. XX. 1.; l. 50. §. 1. de leg. I. und der im Texte angegebene Grund spricht auch zu ihren Gunsten beim Anerkennungsvertrage.

19) Bähr, Die Anerkennung §. 51. Note 6; Windscheid §. 566. Note 5.

20) L. 5. pr. §. 1. de his quae ut indign. XXXIV. 9; l. 43. de H. P. V. 3; l. 8. eod., l. 3. de lege Corn. de fals. XLVIII. 10.; l. 3. Cod ad leg. Corn. de fals. IX. 22.; Bähr a. a. O. S. 213. der 2. Aufl.; Windscheid §. 566. Note 6.

21) L. 8. §. 10. l. 10. §. 1. l. 12. l. 23. §. 1. l. 31. §. 2—4. l. 32. de inoff. test. V. 2; l. 1. Cod. de in i. r. min. II. 22. Vgl. Windscheid §. 585. Note 8.

§. 266. Die Eröffnung und Vollstreckung der Testamente.[1])

I. Die *lex Iulia de vicesima hereditatum* (vom Jahr 759 d. St., 6 n. Chr.) legte auf testamentarische Erbschaften (unbedeutende ausgenommen), sowie auf Vermächtnisse eine Steuer von 5 %, welche Caracalla verdoppelte *(decima hereditatum)*, die sodann aber wieder zur vicesima herabgesetzt, und in der späteren Kaiserzeit aufgehoben wurde[2]). Die genannte lex Iulia vicesimaria stellte zugleich zur Sicherung der fiscalischen Ansprüche Vorschriften darüber auf, testamenta quemadmodum aperiantur, describantur[3]). Auch sollten nach der lex Iulia et Papia Poppaea die Testamente binnen 5 Tagen nach dem Tode des Erblassers der Obrigkeit ausgeliefert und von dieser eröffnet werden, und testam. Erbschaften sollten daher auch nicht früher deferirt werden, was nur bei dem suus heres und dem heres ex asse (d. h. alleinigen Erben) eine Ausnahme litt[4]). Nach Justinanischem Rechte gelten diese Bestimmungen nicht mehr und hängt auch die Zeit der Eröffnung des Testamentes wieder von den Anträgen der Interessenten ab[5]). Von den S. C. Silanianum wird später die Rede sein[6]). Die Testamente wurden bei den Römern in einem Tempel oder bei einem Freunde oder im neuesten Rechte auch bei Gericht aufbewahrt.

II. Die *Eröffnung* (aperire) und die Vorlesung (recitare) des Testamentes geschah bei den Römern immer vor Gericht in Gegenwart der geladenen Intestaterben und präsumtiven Testamentserben und der Zeugen, welche letzteren ihre Unterschriften und Siegel recognoscirten (agnoscere). Es wurde darauf eine Copie genommen (describere), welche in dem obrigkeitlichen Archiv deponirt wurde[7]). Waren die Testamentszeugen abwesend, so wurden die tabulae in Gegenwart von viri optimae opinionis eröffnet, jedoch die Siegel unverletzt gelassen, damit sie von den Zeugen später recognoscirt werden könnten. Lebten gar keine Zeugen mehr, so konnte möglicher Weise die Errichtung und der Inhalt noch auf

§. 266. 1) Paul. S. R. de vicesima IV. 6; Dig. XXIX. 3. testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur; Cod. VI. 32. testam. quemadmodum aperiant. etc. — Dig. XXIX. 5. de S. C. Silaniano; Cod. VI. 35. de his quibus ut indignis . . et ad S. C. Silanianum. — De tabulis exhibendis vgl. oben §. 211. — Vering, Röm. Erbr. S. 467. ff.; Windscheid, Pand. §. 567; Unger, Die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich. Wien 1862, vgl. darüber auch dessen Erbrecht §. 39. Anm. 1; Randa, Der Erwerb der Erbschaft nach österr. Recht. Wien 1861.

2) Plin. paneg. 37—39; fragm. de I. F. §. 5.; Collat. XVI. 3.; l. 3. Cod. de edicto divi Hadr. VI. 33; l. 2. §. 14. de O. I. I. 2. — 3) Paul. R. S. IV. 6; Dig. XXIX. 3; Cod. VI. 32. — 4) Ulp. XXIV. 31. — 5) Cf. l. un. Cod. §. 1. de caduc. toll. VI. 51. — 6) S. u. §. 270. — 7) Paul. S. R. IV. 6.; l. 2. 27. Cod. de testam. VI. 23.

andere Weise bewiesen werden, z. B. wenn es ein mündliches war, durch eine etwa von den testes aufgenommene Urkunde (*testamentum* †. *nuncupativum in scripturam redactum*)[8]). Heutzutage geschieht regelmässig die Eröffnung eines Testamentes nur dann mehr gerichtlich, wenn es ein gerichtliches ist, sonst gewöhnlich privatim.

III. Jeder Interessent hat das *interd. de tabulis exhibendis* auf Vorlegung des Testamentes und Gestattung einer Copie, wobei jedoch, um Fälschungen zu verhindern, nach Bestimmung Diocletians und Maximian's[9]), das Datum (welches aber nur beim *testamentum parentum inter liberos* wesentlich war), und ebenso auch etwaige beschimpfende Aeusserungen des Testators nicht mitgetheilt werden sollen.

IV. *Legitimi executores* sind nach justin. Recht die Bischöfe für alle Verfügungen ad pias causas. Es konnte ein Testamentsexecutor auch schon nach röm. Recht vom Testator durch Vertrag oder letzten Willen bestellt werden, und der Executor galt dann als Mandatar des Testators, indem hier das Mandat ausnahmsweise post mortem des mandans wirkte[10]); ebenso konnte auch vom Gericht ein executor † dativus bestellt werden. Jedoch erst das deutsche Recht entwickelte das Institut der Testaments-Executoren näher. Ein solcher gilt darnach als Vertreter des Testators wie der Erbe, nur mit dem Unterschiede, dass der Executor den Erblasser nicht zu seinem eigenen Vortheil, sondern lediglich im Interesse Anderer vertritt. Die Grundlage für die heutigen Testamentsexecutoren bildeten die germanischen Salmannen, manu fideles, Treuhänder. Den Laien waren, bis die Kirche und der Einfluss des römischen Rechtes allmählich auch für sie die Testamente einführte, in Deutschland keine testamentarischen Verfügungen gestattet, und auf den Mobiliarnachlass der Geistlichen machten, wenn dieselben kein Testament errichtet hatten, ihre Vasallen, ihre Schutzherrn (advocati, patroni), die Landesherrn, dann auch die Bischöfe und der Papst ein Occupationsrecht († ius spolii) geltend. Die Laien verfügten daher letztwillig, und auch die Geistlichen schlossen bereits das ius spolii aus, indem sie einem guten Freunde (Salmannen, manufidelis, Treuhänder) vor Gericht inter vivos ihr Vermögen übertrugen (aufliessen). Sie schlossen mit diesem Salmannen dazu eine Vereinbarung, dass er ihnen bei ihren Lebzeiten das Vermögen lasse und dass und wie er es nach dem Tode des Auflassenden vertheilen solle. Später geschah die Bestellung des Salmannen nicht mehr durch gerichtliche Auflassung, sondern schon durch formlosen Vertrag, so dass man jetzt um so weniger mehr unterscheiden konnte,

8) Vgl. die gesta de aperiundo test. a. 474 p. Chr. bei Bruns, Fontes ed. 2. p. 153—155. — 9) L. 8. Cod. h. t. VI. 32. — 10) S. o. §. 206. S. 506.

ob der Treuhänder im Einzelnen Aufträge in Betreff der Vertheilung des Nachlasses erhalten hatte, oder ob die Disposition darüber ganz seinem Ermessen überlassen war. Es war eine solche Bestellung eines Salmannen allerdings keine testamentarische Verfügung im römisch-rechtlichen Sinne, denn solche müssen immer als directer Wille des Erblassers erscheinen, und die Erbeinsetzung kann nicht in die Willkür eines Dritten gestellt sein; aber durch die Bestellung eines Salmannen, ein neben dem römischen Recht stehendes besonderes deutschrechtliches Institut, wurden bereits die Intestaterben ausgeschlossen. Demgemäss rescribirte dann auch Innocent. III.[11]): „*quod qui extremam voluntatem suam in alterius dispositionem committit, non videtur decessisse intestatus.*“ Der Ausdruck: *extremam voluntatem suam in alterius dispositionem committere* bedeutet so viel, als einen Salmannen bestellen[12]). Falsch ist die Ansicht, als ob die Bestellung eines Treuhänders bloss von Seiten der Geistlichen, um das ius spolii auszuschliessen, und bloss so vorgekommen sei, dass dem Treuhänder nähere Aufträge in Betreff der Vertheilung des Nachlasses gegeben seien, und als ob nicht auch diese ganz dem Ermessen des Treuhänders habe überlassen werden können. Die Frage, ob jene Decretale noch jetzt gemeinrechtliche Geltung habe, wird man bejahen müssen, insofern sich nicht ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht nachweisen liesse. Es bestände an sich kein rechtliches Hinderniss, auch noch jetzt Executoren eines letzten Willens in der Weise von Salmannen ohne eigentliches Testament zu bestellen, jedoch würde dieses gegenüber der romanisirenden Jurisprudenz für den practischen Erfolg gewagt erscheinen. Das römische Recht an sich und die rechtliche Natur der Testamente ist durch jene Decretale nicht geändert, sondern das Institut der Salmannen hatte nur daneben und unabhängig von römischrechtlichen Vorschriften seine eigenthümliche Geltung gewonnen[13]).

§. 267. Der Erwerb der Erbschaft[1]).

I. Nach Justin. Rechte wird die testamentarische Erbschaft, ebenso wie stets die intestate, wieder momento *mortis testatoris* de-

11) In c. 13. X. de testamentis III. 26. — 12) Vgl. Vering, Röm. Erbr. S. 820—833. — 13) Vgl. jetzt auch Arndts, Forts. von Glück's Pand. Comm. Bd. 46. S. 362 ff.; Lassalle a. a. O. S. 112. Note 1.

§. 267. 1) Gai. II. 152—173. 185 sqq.; Ulp. XXII. 24—32. XIII—XVIII.; Inst. II. 19. de heredum qualitate et differentia; Dig. XXIX. 2. de acquirenda vel omittenda hereditate; Cod. VI. 30. 31. 51. (50.); Dig. XXXVIII. 15. (16.) quis ordo in B. P. servetur; Cod. VI. 9. qui admitti ad B. P. possunt et intra quae

ferirt[2]), es sei denn, dass noch eine etwaige Bedingung der Erbeinsetzung schwebt[3]) bis zu deren Eintritt dann die Delation hinausgeschoben wird.

II. Der sub condicione eingesetzte Erbe kann übrigens pendente condicione gegen Cautionsleistung bereits eine bon. poss. sec. tabulas erwerben[4]), muss aber deficiente condicione alles zurückgeben; jedoch wenn ein emancipatus von seinem Vater sub condicione instituirt ist, so kann er zunächst die bon. poss. sec. tab. nachsuchen, indem er durch diese vielleicht mehr erhält, als durch die bon. poss. contr. tab., und wenn die Bedingung später deficirt, so wandelt sich die bon. poss. in eine contra tab. bon. poss. um.

III. Eine negative Potestativbedingung, die sich erst mit dem Tode des Honorirten oder einer ihm nahe verbundenen Person erfüllen würde (triste est mortem expectare coniunctae personae)[4a]), indem bei deren Lebzeiten noch gegen die Bedingung gehandelt werden könnte, kann durch die von Quintus Mucius Scaevola (zunächst für unter solchen Bedingungen hinterlassene Legate) erfundene *cautio Muciana*, dass man der Bedingung nicht zuwider handeln werde, erfüllt und dann das Legat erworben oder die Erbschaft angetreten werden[5]), Die Caution wird durch Bürgschaft oder Pfand geleistet, und zwar vom Legatar an den Onerirten, vom Erben an die Substituten, oder in deren Ermangelung an die Miterben, nicht aber, wenn auch solche fehlen, an die Intestaterben, weil diese, so lange es sich um ein Testament handelt, rechtlich noch gar nicht in Betracht kamen (nemo pro parte test. etc.)[6]). War daher die condicio non faciendi einem heres ex asse auferlegt und diesem kein Substitut bestellt, so war sie eine impossibilis, weil ausser dem Erben selbst Keiner ein Recht hatte, die Erfüllung der Bedingung zu verlangen[7]). Jedoch schon nach Nov. 22. c. 44. 45. soll bei der condicio viduitatis die cautio Muciana auch an die Intestaterben geleistet werden[8]), und nach heutigem Rechte ist dieses überhaupt nothwendig, weil der Satz nemo pro parte etc. nach canonischen und deutschen Grundsätzen nicht gilt. Wird später dennoch gegen die Bedingung gehandelt, so

tempora; Cod. VI. 19. de repudianda B. P.; Vering, Erbr. S. 86 ff. 322 ff. 478 ff. 588 ff. 833 ff.; Bruns a. a. O. §. 92—94. S. 437 ff., Unger §. 36 ff.; Windscheid III. §. 594 ff.; Arndts, Ges. civ. Schr. Bd. 2. S. 216 ff.

2) S. o. §. 266. nr. II. — 3) Vgl. o. §. 259. S. 690 ff. — 4) C. 9. Cod. qui admitti VI. 9. — 4a) Vgl. l. 72. §. 1. de cond. et dem. XXXVI. 1. — 5) L. 7. de condic. XXXV. 1. — 6) L. 18. de cond. et dem. XXXV. 1. — 7) L. 4. §. 1. de condic. instit. XXVIII. 7. cf. l. 38. §. 4. de legat. III.; l. 7. de ann. legat. XXXIII. 1.; Vering, Commentar. ad leg. 4. §. 1. de cond. inst. XXVIII. 7. Heidelberg 1856. — 8) Vgl. o. §. 232. S. 599.

können die Interessenten auf Grund der Caution die obligatio ad restituendum von allem Erworbenen nebst Früchten und Zinsen geltend machen.

IV. Während der Zeit der classischen Jurisprudenz konnte der Testator dem heres auch eine *cretio* auflegen [9]), d. h. eine Antretung certis sollennibus verbis (quod me Publius Maevius heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque) vor Zeugen und in bestimmter Zeit. Gewöhnlich betrug die Zeit *centum dies utiles*, hiess die *cretio vulgaris;* nicht im Gebrauch erhielt sich die *cretio continua*, wobei ein tempus continuum für die cretio gesetzt war. Schlug der Erbe formlos aus, so konnte er doch während der Cretionsfrist noch cerniren und dadurch Erbe werden. Trat er formlos an, so konnte der Erblasser auf diesen Fall hin eine Exheredation angedroht haben *(cretio perfecta)*; wenn aber nicht auf den Fall der unterlassenen cretio hin exheredirt war *(cretio imperfecta)*, so konnte der formlos antretende heres dadurch auf die Hälfte beschränkt werden, dass auch der Substitut antrat und dadurch die andere Hälfte erwarb. Constantin erliess die cretio für bona materna ganz [10]). Dieses wurde von Arkadius, Honorius und Theodos auf jede Erbschaft übertragen, die einem filius familias deferirt war [11]). Weiter ging wahrscheinlich die kaiserliche Gesetzgebung bis auf Justinian nicht. Im Iustinian. Codex [12]) wurde das eben citirte Gesetz von Theodos so aufgenommen, dass die cretio dadurch als vollständig abgeschafft erscheint. Es genügt nunmehr für den extraneus heres die formlose Willenserklärung, welche sowohl ausdrücklich *(hereditatis aditio* i. e. S.), als auch durch solche Handlungen, die auf den Erbschaftsantritt schliessen lassen (*pro herede gestio* [13]), z. B. durch Auszahlung von Vermächtnissen geschehen kann.

V. Zum Antritt bedarf der heres voluntarius (extraneus) des Bewusstseins, dass und wessen Erbschaft ihm deferirt, und ob er *ex testamento* oder *ab intestato* berufen ist, und ob er heres *ex asse* (auf das Ganze) oder *pro parte*, und [14]) zum wievielsten Theile er Erbe werde (wenn er auch nicht den Werthertrag des Inhalts seines Erbtheils kennt) [15]). Auch muss man die

9) Vgl. Gai. II. 164—178. 190; Ulp. XXII. 25. 27—34; Vering, Röm. Erbr. S. 490 ff.; Danz, Röm. Rgsch. II. §. 174 ff. S. 135 ff. — 10) L. 1. Th. Cod. de mat. bon. et cret. subl. VIII. 18. — 11) L. 8. §. 1. Cod. Th. de matern. bon. — 12) L. 17. Cod. de iure delib. VI. 30. — 13) Vgl. §. 7. Inst. de her. qual. et diff. II. 19. l. 20. 21. 24. 25. §. 7. l. 69. h. t. XXIX. 2; l. 19. 22. §. 14. Cod. h. t. VI. 30. — 14) Was Viele, z. B. Arndts §. 507., Puchta §. 497. Note a., Köppen, Erbr. S. 341. 355. läugnen. — 15) L. 21. §. 3. h. t. XXIX. 2.; Vering, Erbr. S. 487, Note 5; Vangerow II. §. 498; Lassalle a. a. O. S. 305 ff. 362 ff.

Erbschaft so antreten, wie sie Einem deferirt ist, und zwar ohne dass man irgend eine Spaltung an der Erbschaft vornehmen darf, d. h. wer auch nur zum kleinsten Theile die ihm deferirte Erbschaft antritt, wird dann rechtlich stets so behandelt, wie wenn er die ganze ihm deferirte Erbschaft angetreten hätte [16]). Ferner muss die Antretung sine condicione und die geschehen und nach röm. Recht (abgesehen von der Vertretung durch den Gewalthaber oder nach neueren kaiserlichen Constitutionen auch für den infans durch den Vormund oder für die juristische Person durch ihren Vertreter) in eigener Person. Jedoch konnte schon nach röm. Recht die Erklärung der Antretung durch einen Stellvertreter geschehen, und nach heutigem Rechte kann die Antretung überhaupt durch einen Stellvertreter geschehen [17]).

VI. Die bon. poss. wurde nicht ipso iure deferirt, sondern musste intra centum dies utiles von dem Augenblicke der erlangten Kenntniss des Todes des Erblassers an, oder von Eltern und Kindern binnen eines Jahres agnoscirt, d. h. vor dem Prätor nachgesucht werden [18]); sonst fand ein Nachrücken des folgenden ordo, oder in der Klasse der Cognaten und seit Justinian auch in der Klasse Unde legitimi ein Nachrücken des folgenden Grades statt. Es konnte die B. P-io auch durch einen Stellvertreter agnoscirt werden, und seit Constantin's Söhnen schon *intra alienas vices*, d. h. im Voraus ehe man an der Reihe war, so dass es dann darauf ankam, ob ein Vorgehender noch eine bessere bon. possesio agnoscirte [19]). Nach Constantius [20]) genügte es zum Erwerbe der B. P., wenn man vor irgend einem Richter (apud quemlibet iudicem) auf irgend welche Art den Willen erklärte, dass man den Nachlass in Anspruch nehme. Mit Rücksicht darauf bemerkt desshalb Justinian [21]): „petitio B. P-ionis Constantiana lege sublata est." Jedoch bedurfte es zum Erwerbe des Nachlasses in den Fällen der B. P-io necessaria und um das interd. Quorum bonorum zu haben [22]), noch immer einer gerichtlichen Erklärung innerhalb jener Zeit. Heutzutage ist dieselbe und jeder Unterschied vom Erbschaftserwerb überhaupt weggefallen [23]).

VII. Für die Antretung der hereditas war keine Frist bestimmt, jedoch konnte sich der Erbe selbst, und ebenso konnten ihn die Erbschaftsgläubiger, die Substituten und nach justinian.

16) L. 10. h. t. XXIX. 2.; l. 35. 36. 80. §. 1. eod. — 17) Vgl. o. §. 84. S. 173. — 18) §. 9. Inst. de B. P. III. 9.; Leist, Forts. von Glück's Erl. Buch 37 f. Bd. 1. S. 303. ff. Bd. 2. S. 129 ff. — 19) S. o. §. 249. nr. IV. S. 660 f. — 20) L. 9. Cod. qui adm. ad B. P. VI. 9. — 21) L. 7. §. 3. Cod. de cur. fur. V. 70. — 22) S. u. §. 269. nr. II. — 23) Vgl. o. §. 249. nr. V. S. 661 f.

Rechte auch die Vermächtnissnehmer durch den Prätor eine Frist bestimmen lassen, die gewöhnlich 100 Tage betrug, aber wiederholt werden, jedoch nach justinian. Rechte auf eine Zeit von höchstens 8 Monaten, vom Regenten aber bis zu einem Jahre gegeben werden konnte. Während dieser Zeit *(spatium deliberandi)*[24]) kann sich der Erbe über den Bestand der Erbschaft unterrichten und darf er auch unaufschiebbare Verwaltungshandlungen vornehmen, ja wenn er ein Kind des Erblassers ist, sogar einstweilen Alimente aus dem Nachlass beziehen. Wenn der Erbe aber während dieser Deliberationsfrist sich nicht erklärt hat, so soll er nach justinian. Rechte dem alten Herkommen[25]) entgegengesetzt, so betrachtet werden, als ob er die Erbschaft angetreten hätte[26]). Er soll sie dann nicht mehr ausschlagen können, und zwar verliert er nun jedenfalls auch das benefic. inventarii[27]) und das beneficium legis Falcidiae[28]).

Wollte man gegen einen in einem Testamente Eingesetzten die querela inoff. testam. anstellen, so musste dieser binnen 6 Monaten, oder wenn er in einer anderen Provinz wohnte, binnen eines Jahre sich erklären, ob er antreten wolle; erklärte er sich innerhalb dieser Zeit nicht, so wurde angenommen, er wolle antreten und die Querel wurde zugelassen.

§. 268. Die Wirkungen des Erbschaftserwerbes[1]).

I. Der Erbe repräsentirt die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers[2]) und haftet daher an und für sich für die Schulden des Erblassers auch über den Belauf der Erbschaft hinaus[3]). Nur der im Testamente seines Herrn freigelassene und zum Erben eingesetzte Sclave als *heres necessarius*[4]) haftete schon nach altem Rechte den Gläubigern bloss bis zum Belaufe der Erbschaft[5]). Und eine zweite Ausnahme wurde durch eine *constitutio Gordiani* für den Soldaten eingeführt[6]). Generelle Milderungen machte Iustinian durch Einführung des † *benef. inventarii*[6a]).

So lange die *sacra privata* bei den Römern bestanden, bildeten diese

24) Vgl. Dig. XXVIII. 8. Cod. VI. 30. De iure deliberandi; §. 6. Inst. de hered. qual. et diff. II. 19.; Vering, Erbr. S. 499 f. Anm. 4; Arndts, Ges. civ. Schr. Bd. 2. S. 222 ff.; Dedekind, Das Deliberationsrecht der Erben und die Interrogationes in iure. Braunschweig 1870.

25) Cf. l. 2. de iure delib. XXVIII. 8. — 26) C. 22. de iure delib. VI. 30. — 27) S. u. §. 268. nr. III. — 28) S. u. §. 281.

§. 268. 1) Vering, Erbr. S. 512 ff. Vgl. auch die Literatur zum vorigen §. — 2) Vgl. o. §. 246 f. S. 646 ff. — 3) L. 8. pr. de aq. vel om. her. XXIX. 2. — 4) S. §. 46. nr. IV. S. 104 f. — 5) Gai. II. 155. — 6) L. 22. pr. et §. 15. Cod. de iure delib. VI. 30. — 6a) S. u. nr. III.

eine bedeutende Last für den Erben[8]). Es sollte nach der älteren Theorie die Verpflichtung zu den sacra zunächst den Erben, dann demjenigen, der durch usucapio pro herede das Meiste erworben hatte[9]) und endlich, wenn der grösste Theil der Erbschaft durch Legate vergeben war, die Legatare treffen[10]). Nach einer neuen durch Scävola eingeführten Theorie haftete zunächst gleichfalls der heres; deinde qui morte testamentove eius tantundem capiat, quantum omnes heredes (was sich aus der Bestimmung der lex Voconia[11]) erklärt); tertio loco, si nemo sit heres, is qui de bonis, quae eius fuerint, cum moritur, usuceperit plurimum possidendo; quarto si nemo sit, qui ullam rem ceperit, de creditoribns eius, qui plurimum servet (also der Erbschaftsgläubiger, der das Meiste erhalten hatte); extrema illa persona est, ut si quis ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit neminique eam solverit, proinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit[12]).

II. Der Erbe ist quasi ex contractu verpflichtet, die ihm vom Erblasser gemachten Auflagen zu erfüllen, jedoch diese nicht über den Belauf der Erbschaft hinaus[13]).

III. Justinian bestimmte[14]), wenn der Erbe binnen 30 Tagen nach erlangter Kunde der Delation antrete und binnen weiteren 60 Tagen ein sollennes I n v e n t a r errichte (unter Zuziehung öffentlicher Personen, *iudices* oder *tabularii* und der am Orte befindlichen etwaigen *legatarii* oder sonst statt der letzteren unter Zuziehung von Zeugen), sollte er die Leichenkosten und Inventarisationskosten aus der Erbschaft vorweg nehmen, während dieser Zeit von den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnissnehmern nicht belangt werden dürfen, und nach Vollendung des Inventars diese befriedigen, wie sie sich meldeten, aber nicht über den Belauf der hereditas haften *(sine omni damno conservatur, sine omni damno discedit)*, sondern die nach Erschöpfung der hereditas noch nicht befriedigten Creditoren sollten, wenn sie eigentlich ein Vorzugsrecht hätten, das ihnen Zukommende von den bereits befriedigten nachstehenden Gläubigern zurückfordern. Auch hat der Erbe, welcher das † beneficium inventarii gebrauchte (sog. Beneficial-Erbe), das † beneficium dationis in

7) Daher gebrauchte man nach F e s t u s (de verb. sign. s. v. *Sine sacris hereditas;* B r u n s. Fontes ed. II. p. 205) das Bild einer nicht mit der Verpflichtung zu den sacra beschwerten Erbschaft sprichwörtlich als Bezeichnung eines reinen ungetrübten Glückes.

8) Vgl. auch über die coëmtio sacrorum evitandorum causa o. §. 224. nr. V. 3., über die arrogatio o. §. 236. nr. III. — 9) Vgl. o. §. 146. III. — 10) C i c. de legib. II. 19. — 11) Vgl. u. §. 281. nr. II.

12) Ueber die Bedeutung der sacra im römischen Erbrecht vgl. S a v i g n y, Verm. Schr. I. S. 151—204; L a s s a l l e a. a. O. S. 30—57; V e r i n g, Erbr. S. 28 f., 32, 37, 45, 49, 51 f., 58. f., 124 ff., 163 ff.

13) §. 5. Inst. de oblig. quae ex contr. III. 27; l. 5. §. 2. de O. et A. XLIV. 7; vgl. o. §. 207. V. S. 509. — 14) L. 22. Cod. de iure deliberandi VI. 30; Nov. 1. c. 2.

solutum[15]). Jedoch kann er zum (Manifestations-) Eide darüber, dass er redlich inventarisirt habe, angehalten werden, und es wird das Unterschlagene oder Verheimlichte ihm zum doppelten Werthe in Anschlag gebracht.

Wenn der Erbe eine Deliberationsfrist[16]) gebraucht hat, so muss er auch ein Inventar errichten, wenn er nicht dem Schätzungseide der Vermächtnissnehmer ausgesetzt sein will, dass die Erbschaft mehr betragen habe. Das beneficium inventarii gegenüber den Gläubigern erlangt er aber darum doch nicht. Statt der Inventarisation genügt nach canon. Rechte auch eine *iurata specificatio*, um den Vermächtnissnehmern nicht über den Betrag der Erbschaft haften zu müssen[17]).

IV. Mit dem Antritte der Erbschaft gehen durch *confusio* die Rechtsverhältnisse unter, die zwischen dem Erben und dem Erblasser, so lange dieser lebte, bestanden, und die beiden Vermögenssphären, die bis dahin getrennt waren, die des Erblassers und des Erben, vereinigeu sich jetzt zu einer Vermögenssphäre, aus welcher nun die Gläubiger des Erblassers, wie des Erben gemeinsam zu befriedigen sind[18]). Ist aber der Erbe überschuldet, so können die Erbschaftsgläubiger die Separation des Erbschaftsvermögens von dem des Erben fordern, um aus ersterem zunächst allein befriedigt zu werden, aber so, dass sie dann ihren Anspruch auf Befriedigung aus dem Vermögen des Erben ganz verlieren[19]). Dieses † *beneficium separationis* ist schon nach Pandektenrecht begründet. Dieses beneficium haben die Erbschaftsgläubiger aber nur, wenn noch keine Vermischung der Erbschaft und des Erbenvermögens stattgefunden hat, noch keine 5 Jahre abgelaufen sind, und die Gläubiger noch nicht heredem secuti sunt, d. h. noch nicht ihn als Selbstschuldner belangt haben.

V. Ueber die Vertheilung des Nachlasses unter den mehreren Intestaterben wurde schon gehandelt[20]). Sind Mehrere im Testamente als Miterben berufen, so erhalten diese gleiche Theile, wenn keine Erbtheile angegeben sind. Hat der Testator jedoch bei den Erbeinsetzungen mehrere Personen conjungirt, so bekommen diese coniuncti zusammen nur den Theil des Nachlasses, der ihnen zusammen ausdrücklich oder stillschweigend zugewiesen ist, denn die coniunctio bedeutet stillschweigend, dass die coniuncti unter sich wieder theilen sollen. Sind für einige Erben Theile angewiesen, für andere

15) Vgl. o. §. 183. II. 3. S. 441. — 16) S. o. §. 267 nr. VII. — 17) Vgl. Rosshirt, Dogmengeschichte des Civilr. Heidelb. 1853. S. 448 f. — 18) Vgl. o. §. 247. nr. II.; Vering, Erbr.S. 86. — 19) Dig. XLII. 6. De separationibus. Cod.; VII. 72. — 20) Vgl. o. §. 254. nr. II. S. 670 f.

nicht, so erhalten die unbestimmt eingesetzten den nicht vertheilten Rest der Erbmasse. Wenn für alle Eingesetzten Erbtheile angesetzt, aber weniger Bruchtheile gemacht sind, als das Ganze Theile hat, so wird die Bruchtheilung durch Vergrösserung der Zähler berichtigt (z. B. 7 sind zu je $1/12$ eingesetzt, dann heisst es: vacans pars [$= 5/12$] singulis [7] pro hereditaria parte [$= 1/7$] accedit [also $1/7$ von $5/12 = 5/84$]. Sind mehr Erbtheile gemacht, als das Ganze enthält, so wird der Nenner des Bruchs so oft vervielfacht, bis die Theilung möglich wird, und der Rest wird pro rata vertheilt. Die Römer theilten nämlich die Erbschaft wie jede andere Einheit als as gewöhnlich in 12 Unzen und nannten den auf das Ganze berufenen Erben *heres ex asse*[21]); aber es braucht sich der Testator an diese Eintheilung des as nicht zu binden, sondern er kann so viele Theile machen als ihm beliebt, und es ist auch einerlei, wie er sie bezeichnet, wenn nur deutlich zu erkennen ist, wie es gehalten werden soll. Wenn nun in jener Weise die Nenner vergrössert werden mussten, so sagten die Römer: ex asse fit dupondius [24] tripondius [36] u. s. w.; z. B. wenn 19 zu je $1/12$ eingesetzt sind, so zählt man 5 zu 19 hinzu [$= 24 =$ dupondius] und multiplicirt 19 mit $24 = 456$, so dass nun jeder der Erben $19/456$ als Erbtheil erhält[22]). Ist Jemand ausdrücklich ganz allein auf das Ganze (nicht bloss schlechthin als heres ex asse oder ex duodecim unciis) berufen und sind dann dennoch Andere auf einzelne Theile berufen, so soll, wie Justinian[23]) den Streit der röm. Juristen entschied, angenommen werden, der Testator habe mit der folgenden Disposition die erstere theilweise zurücknehmen wollen. Hat sich der Erblasser auf eine künftige Theilbestimmung berufen, dieselbe aber unterlassen, so hielten einige Juristen die Einsetzung für wirkungslos, indem sie dieselbe als eine bedingte behandelten; in den Pandekten[24]) ist aber die andere Ansicht recipirt, wornach es in diesem Falle so sein soll, wie wenn der Erblasser die Erben ganz ohne Angabe von Erbtheilen eingesetzt hätte. Hat sich der Erblasser aber auf eine vergangene Theilbestimmung berufen und es findet sich keine Theilbestimmung vor, so sind die Erbeinsetzungen ungültig[25]). Ungültig würde auch die Einsetzung sein, wobei die Bestimmung des Erbtheils in den Willen eines Dritten gestellt wäre[26]).

VI. Die Einsetzung Jemandes zum *Erben ex re certa*[27]) (z. B.

21) Vgl. auch Lassalle a. a. O. S. 298. ff. — 22) §. 5. sqq. Inst. de her. inst. II. 14; l. 13. §§. 1 sqq. l. 17. 18. 47. §. 1., l. 50. §. 2; l. 78. §§. 1 sqq.; l. 87. D. eod. XXVIII. 5. — 23) L. 23. pr. Cod. de legat. VI. 37. — 24) L. 2. pr., l. 36. de her. inst. XXVIII. 5. — 25) L. 2. §. 1. h. t. XXVIII. 5.; l. ult. de B. P. s. t. XXXVII. 11. — 26) Vering, Erbr. S. 318 ff.

27) Vgl. Neuner, Die heredis inst. ex re certa. Giessen 1853; Vange-

zum Erben auf das Haus, auf den Garten des Erblassers[27a]) war strenge genommen ungültig, weil der Erbe die Rechtssönlichkeit des Erblassers und nicht bloss Nachlass-Sachen erhalten soll. Aber die Römer wollten die Testamente möglichst aufrecht halten, und sahen daher schon in der alten Jurisprudenz der Republik den heres ex re certa, wenn er keine Miterben hatte, detracta rei certae mentione überhaupt als wirklichen Erben an. Sie thaten dieses selbe zwar auch, wenn der ex re certa institutus Miterben hatte (und zwar wenn diese sämmtlich auch heredes ex re certa waren, galten diese als Erben zu gleichen Theilen); aber weil dann erhellte, dass der ex re certa Instituirte zu Gunsten seiner Miterben auf die res certa beschränkt wurde, so musste er seinen ganzen Erbtheil als Universalfideicommis an die Miterben restituiren und erhielt er von diesen nur die res certa als Singularfideicommiss zurück, oder wie man wohl richtiger sagt, als Prälegat zugewiesen. Justinian[28]) bestimmte hier, dass die Restitution des Erbtheils von Seiten des heres ex re certa an die Miterben von vornherein als geschehen gelten solle, so dass nun der erstere sogleich von Anfang an auf die res certa beschränkt und als heres von allem wirksamen Antheil an den actiones hereditariae ausgeschlossen ist, und diese letzteren vielmehr auf die Miterben und beziehungsweise Universal-Fideicommissare unmittelbar mit dem Erbschaftsantritt activ und passiv so übergehen, wie dieses vor jener Bestimmung Justinian's erst für die Zeit nach der wirklich geschehenen Erbschaftsrestitution angenommen werden konnte. — Im Soldatentestamente gilt abweichend vom Civilrechte die institutio ex re certa ohne Weiteres, indem man die certa res hier als eine besondere ganze hereditas für sich betrachtet[29]).

VII. 1. Fällt Einer der mehreren *ex testamento* berufenen Erben vor dem Antritt hinweg, so fällt die dadurch vacant gewordene Portion, falls nicht ein Transmissar[30]) oder nächst diesem ein Substitut[31]) an die Stelle tritt, — ipso iure, ohne dass der Testator es hätte verbieten können, durch das *ius accrescendi pro portionibus*

row §. 449. Anm. 2; Vering, Erbr. S. 310 ff. und die in der quellenmässigen Construction dieser Lehre mannichfach abweichenden scharfsinnigen Ausführungen von Padeletti, Die Lehre von der Erbeinsetzung ex re certa. Berlin 1870. (italien. in Serafini's Archivio giurid. Vol. IV. p. 139 sqq. 343 sqq.); vgl. darüber Windscheid in der Krit. Vierteljahrsschrift XII. (1870) S. 476. ff. Man s. ferner Kuntze, Ueber die Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlassstücke. Leipzig 1875.; Schuring, Zur Lehre von der heredis institutio ex re certa. Greifswald 1875. — 27a) Cf. Plin. ep. V. 7.

28) L. 13. Cod. de hered. inst. VI. 24. — 29) L. 17. §. 1. de test. mil. XXIX. 1. — 30) S. u. §. 271. — 31) Vgl. o. §. 261.

hereditariis dem anderen Miterben, oder wenn dieser nach dem Antritt der Erbschaft schon gestorben ist, dessen Erben zu. (Portio portioni, non personae accrescit.[32]). Sind jedoch im Testamente von den Miterben Einige coniuncti, d. h. sind sie gemeinsam auf ebendenselben Erbtheil zusammen entweder in besonderen Sätzen (*disiunctim*, aber *reconiuncti*), oder auch in demselben Satze und ohne Theilbestimmung (*re et verbis coniuncti*) eingesetzt und Einer von diesen fällt vor dem Antritt weg, so wächst dessen Portion zunächst nur den anderen coniunctis an. Unter den bloss verbis coniuncti, d. h. in demselben Satze aber auf unterschiedene Erbtheile Eingesetzten findet aber kein vorzugsweises Anwachsungrecht statt.

Paul. l. 142. de V. S. L. 16: „Triplici modo coniunctio intelligitur; aut enim *re per se* coniunctio contigit, aut *re et verbis*, aut *verbis tantum*. Nec dubium est, quin coniuncti sint, quos et nominum et rei complexus iungit, veluti *Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto*, vel ita *Titius Maeviusque heredes sunto*; vel *Titius cum Maevio ex parte dimidia heredes sunto*. Videamus autem ne, etiam si hos articulos detrahas *et que cum*, interdum tamen coniunctos accipi oporteat, veluti *L. Titius*, *P. Maevius ex parte dimidia heredes sunto*, vel ita *Publius Maevius, Lucius Titius heredes sunto, Seius ex parte dimidia heres esto*, ut Titius et Maevius veniant in partem dimidiam et *re et verbis* coniuncti videantur. *L. Titius ex parte dimidia heres esto, Seius ex parte qua Lucium Titium heredem institui, heres esto; Sempronius ex parte dimidia heres esto:* Julianus (cf. l. 15. pr. de her. inst. XXVIII. 5.) dubitari posse, tres semisses facti sint, an Titius in eundem semissem cum Seio institutus sit; sed eo quod Sempronius quoque ex parte dimidia scriptus est, verisimilius esse, in eundem semissem duos coactos et coniunctim heredes scriptos esse“; §. 6. Inst. eod.

2. Bei der Intestaterbfolge tritt beim Wegfall des Delaten ebenfalls zunächst der etwaige Transmissar, sodann die Accrescenz, aber diese zunächst nur immer in derselben stirps oder linea ein, und erst nach Wegfall der ganzen stirps oder linea accrescirt der anderen stirps oder linea. Bei der successio in capita tritt ohne Weiteres die Anwachsung gleichmässig für Alle ein.

Bis auf Justinian accrescirte immer sine onere, aber seit der Aufhebung des caducum unter Justinian[33]) stets *cum onere*, d. h. die Vermächtnisse u. s. w., welche auf der accrescirenden Portion ruhen, müssen ausgezahlt werden.

VIII. Durch den Erbschaftsantritt von Seiten mehrerer Miterben entsteht unter diesen (mit Ausnahme in Betreff der theilbaren Obligationen, die nach den XII Tafeln ipso iure unter den Erben getheilt sein sollen: nomina ipso iure divisa sunt)[33a]) eine communio

32) Vgl. o. §. 247. nr. VI. S. 651. und unten §. 280. nr. V. am Ende und nr. VI. am Ende. — 33) L. un. Cod. de cad. toll. VI. 51. v. J. 484; cf. Const. *Tanta* §. 6. — 33a) XII tabb. t. V. (Bruns, Fontes ed. II. p. 18.): „Ea, quae in nominibus sunt, — ipso iure in portiones hereditarias ex lege XII tab. divisa sunt.“

† incidens, welche durch die von den XII Tafeln eingeführte *actio familiae herciscundae*[34]) aufgehoben wird. Die Klage mnss unter Zuziehung aller zur Anstellung derselben Berechtigten, sowie Aller, die einen quoten Theil der Erbschaft erhalten, (also nicht bloss der Miterben, sondern auch der Universalfideicommissare, der armen Wittwe bezüglich ihres Pflichttheils, des impubes arrogatus bezüglich der quarta divi Pii) stattfinden, jedoch braucht nicht sogleich unter allen getheilt zu werden, wenn nicht alle die Theilung wollen. Das so ungetheilt Gebliebene wird aber später nur durch die gewöhnliche actio communi dividundo getheilt. Wenn die mit der actio fam. herc. Beklagten die Miterbenqualität des Klägers läugnen, so muss dieser zuerst die hered. petitio partiaria auf Anerkennung seines Erbrechts anstellen; nur wenn er sich im Besitze des Nachlasses befindet, wird diese Frage als ein Präjudicialpunkt im iudic. fam. herc. selbst entscheiden. Eine aussergerichtliche Erbtheilung kann, so lange sie noch nicht verjährt ist, schon wegen geringerer Benachtheiligung durch eine *gerichtliche* Theilungs-Klage angefochten werden, dagegen eine gerichtliche Theilung kann, wenn sie einmal rechtskräftig geworden ist, selbst nicht wegen laesio enormis mehr angefochten werden[35]).

IX. Bei der Erbtheilung kommt die *Collation*[36]) in Betracht. Bei der bon. poss. unde liberi und bei der bon. poss. contra tab. mussten von Seiten des emancipatus omnia bona, und von der Tochter musste die dos, diese auch von der sua, conferirt werden[37]), Nach einem Rescript von Divus Pius[38]) sollte auch die sua, die nach Civilrecht Erbin wurde, ihre dos conferiren. Jedoch brauchte die sua ihre dos immer nur an diejenigen zu conferiren, deren Erbrecht sie durch ihre Concurrenz beschränkte, aber unter dieser Voraussetzung nicht bloss an sui, sondern (wenn auch wohl erst seit jenem Rescript von Pius) auch an emancipirte Kinder. Dabei wurde es dann unter den röm. Juristen streitig, ob die letzteren bloss an der dos profecticia oder auch an der dos adventicia Theil haben sollten. Gordian[39]) entschied für das Erstere.

Die collatio omnium bonorum von Seiten des Emancipirten[40]) bei der Intestaterbfolge konnte nach der Nov. 118. nicht mehr vorkommen, weil die Emancipirten ohne Weiteres, ohne B. P. nach-

34) Dig. X. 2; Cod. III. 36. s. o. §. 114. II. 12. S. 225. — 35) Vgl. Vering, Erbr. S. 529 ff. — 36) Dig. XXXVII. 6. 7.; Cod. VI. 20; Nov. 18. c. 6; Vering, Röm. Erbr. S. 600 ff. 651 ff.; Vangerow II. §. 515 f.; Arndts, Ges. civ. Schr. Bd. 2. S. 234 ff.; Bruns a. a. O. §. 100; Windscheid §. 609 ff. — 37) Vgl. o. §. 252. nr. I. 1. S. 666. — 38) L. 1. §. 1. de dot. coll. XXXVII. 7. — 39) L. 4. i. f. Cod. h. t. VI. 20. — 40) Vgl. Vangerow II. §. 515.

suchen zu müssen, als Kinder erbten. Auch war schon mit der grösseren Ausdehnung des Peculienrechtes der Hauskinder zugleich die Collationspflicht der Emancipirten vermindert, Leo erklärte daher schon[41]), dass der Emancipirte nur noch dasjenige zu conferiren habe, was er bei oder seit der Emancipation von dem parens emancipator erhalten habe. Leo hatte zugleich aber bestimmt, alle Descendenten sollten, wenn sie zusammen einen gemeinsamen Ascendenten ab intestato beerbten, das von diesem im Voraus Erhaltene unter einander conferiren, und Justinian[42]) schrieb die gleiche Collation sogar vor, wenn Descendenten, welche die nächsten Intestaterben sein würden, zusammen ihren Ascendenten ex testamento beerbten. Diese Collation des neueren Rechts umfasst aber nur das zum Erwerbe einer wiederverkäuflichen militia Gegebene, die dos und propter nuptias donatio, sowie die unter der Bedingung der Einrechnung in den Pflichttheil im Voraus gemachte Zuwendung. Jedoch wenn der eine Descendent eine solche donatio conferiren muss, so soll nach Justinian's Bestimmung der andere eine ihm vom Testator gemachte donatio simplex, d. h. die nicht unter jener Bedingung der Einrechnung gemacht war, ebenfalls conferiren. Die Collation geschieht entweder re oder cautione, und es werden dem nicht Conferirenden die actiones hereditariae versagt, bis er conferirt.

§. 269. Die Rechtsmittel des Erben.

Der Erbe erhält als Repräsentant der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers alle vermögensrechtlichen Klagen des Erblassers, ausserdem aber noch folgende drei *actiones hereditariae* im engeren Sinne: 1. die *hereditatis petitio*, und als provisorische Schutzmittel 2. das interd. *Quorum bonorum* und 3. die † *missio ex lege ultima Cod. de edicto divi Hadriani tollendo.*

I. 1. Die *hereditatis petitio*[1]) ist die actio in rem[2]) zur Geltendmachung der (alleinigen oder Mit-) Erbenqualität und auf

41) L. 17. Cod. h. t. v. J. 467. — 42) Nov. 18. c. 6; cf. l. 19. 20. Cod. h. t.

§. 269. 1) Dig. V. 3—6; Cod. III. 31; Vering, Erbr. S. 536 ff.; Bruns a. a. O. §. 98. S. 446 ff.; Unger §. 50 ff.; Windscheid §. 611 ff.; Arndts Ges. civ. Schr. Bd. 2. S. 278 ff.; Dernburg, Ueber das Verhältniss der H. P. zu den erbschaftlichen Singularklagen. Heidelberg 1852.; Francke, Exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandektentitel de heredit. pet. Göttingen 1864; Ders. in der Zeitschr. für Hannov. Recht von Düring I. (1869) S. 44 ff.; Erythropel das. S. 3 ff.

2) Vgl. o. §. 114. II. 12. S. 226.

Herausgabe der Erbschaft cum omni causa gegen Jeden, der sich mit der Erbenqualität des Klägers in Widerspruch befindet (gegen den pro herede possessor[2a]) und den pro praedone oder fictus possessor[2b]), oder den Schuldner, der die Erbenqualität läugnet). Der bon. poss. hatte anfangs keine her. pet., aber später erhielt er sie als possessoria[3]), ebenso der Universalfideicommissar als fideicommissaria, ferner der Eripient, der Fiscus in Betreff der bona vacantia und auch der Erbschaftskäufer als utilis.

2. Wenn die her. pet. zugleich mit der Anfechtung eines Testaments verbunden ist, wie die querela † nullitatis und inoffic. testamenti[4]), so nennen die Neueren sie eine † qualificata im Gegensatze zur † simplex h. p., die ohne dergleichen Testamentsbestreitung von dem, der sich für den Erben hält, angestellt wird.

3. Der Kläger muss bei der h. p. den Tod des Erblassers und seine Verwandtschaft mit dem Erblasser, oder das Testament, worin er eingesetzt ist, nach Form und Inhalt beweisen, ferner dass der Beklagte das zum Nachlass Gehörige innehabe oder Erbschaftsschuldner sei. Auch muss der Kläger beweisen, dass er wirklich die Erbschaft erworben hat; jedoch wird dieser Beweis gewöhnlich unnöthig, weil nach Civilrecht schon in der Anstellung der hered. pet. eine genügende Antretung (pro herede gestio) liegt. Nur der Erbeserbe muss die von seinem Erblasser geschehene Antretung beweisen, und ebenso musste bei den Römern der blosse bonor. possessor die geschehene Agnition der bon. poss. beweisen.

4. Es muss der Regel nach der Erbtheil des Erben, der die h. p. anstellen will, schon feststehen. Nur der ipso iure Erbe gewordene suus kann, wenn noch ein postumus schwebt, einstweilen schon ex incerta parte die hered. petitio anstellen.

5. Läugnet der possessor von res hereditariae oder der Erbschaftsschuldner die Erbenqualität nicht, so muss der Erbe gegen ihn dieselbe (dingliche oder Forderungs-) Klage anstellen, die der Erblasser angestellt haben würde, z. B. die rei vindicatio, actio Publiciana, hypothecaria, venditi, condictio mutui etc.

6. Die her. pet. geht vollständig ad et in heredes. Es entscheidet bei derselben über die Haftung des beklagten bonae fidei possessor die Zeit der Anstellung der Klage (der controversia mota), wie sonst nach röm. R. bei der vindicatio immer und auch bei der her. pet. gegenüber dem malae fidei possessor erst die litis contestatio.

7. Die her. pet. geht nach einem sog. S. C. † Iuventianum unter Hadrian gegen den bonae fidei possessor nur auf das an Erb-

2a) Vgl. l. 11. pr. l. 13. §. 1. Dig. h. t. V. 3. — 2b) L. 11. §. 1. l. 12. l. 13. pr. Dig. h. t. V. 3; vgl. dagegen Bruns a. a. O. S. 446. bei Note 2.
3) Dig. V. 4. — 4) S. o. §. 261 f. 264.

schaftssachen oder als mit Erbschaftsgeldern Angekauftes oder als Erlös verkaufter Erbschaftssachen in seinen Händen Befindliche († res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei)[5]). Gegenüber dem malae fidei possessor hat der Erbe die Wahl, ob er sich mit den in dessen Händen befindlichen Surrogaten begnügen oder die Erbschaftssachen und Gelder selbst, resp. deren Mehrbetrag in Anspruch nehmen will. Der bonae fidei possessor kann seine Forderungen, die er an den Erblasser hatte, ohne Weiteres abziehen, der malae fidei possessor darf dieses nur mit Genehmigung des Erben thun. Ebenso braucht der bonae fidei possessor, wenn er irrthümlich vermeintliche Erbschaftsschulden oder vermeintliche Vermächtnisse ausgezahlt hat, bloss seine condictio indebiti zu cediren, während der malae fidei possessor vollen Ersatz des irrthümlich Gezahlten leisten und selbst seine condictio indebiti anstellen muss. Justinian entschied die seit dem S. C. † Juventianum aufgekommene Streitfrage, ob die her. pet. eine actio stricti iuris oder bonae fidei sei, dahin, dass sie bonae fidei sei[6]).

8. Damit ein Erbschaftsprätendent nicht mit lauter einzelnen Singularklagen belästigt werde (*„ne singulis iudiciis vexaretur"*)[7]), und sich der Erbe nicht dem eigentlichen Streitpunkte, dem Streite um die Erbenqualität, entziehe, ist dem letzteren verboten, gegen den Erbschaftsprätendenten Singularklagen anzustellen, indem ihm sonst die *exceptio*, *quod praeiudicium hereditati non fiat*, entgegengestellt werden kann[8]). Sogar ein Dritter kann sich dieser Einrede bedienen, wenn die Durchführung der gegen ihn gerichteten Specialklage ihm einen Regressanspruch gegen einen der Erbschaftsprätendenten geben, also mittelbar die Specialklage gegen eine der Parteien des Erbschaftsstreites gehen würde[9]). Auch Erbschafts-

5) L. 20. §. 6. de her. petit. V. 3. Vgl. o. §. 73. II. S. 150. — 6) L. 12. §. 3. Cod. h. t. III. 31; cf. §. 28. i. f. Inst. de actionib. IV. 6. — 7) L. 13. §. 4. h. t. V. 3. — 8) L. 5. §. 2. eod; Gai. IV. 133.

9) L. 25. §. 17. h. t. Vgl. dazu Arndts, Ges. civ. Schr. Bd. 2. S. 301, 309; Vangerow Bd. 2. §. 508. Anm. I. 3.; Dernburg a. a. O. S. 85 f.; Windscheid §. 612. Note 15. §. 616. nr. I. — Uebrigens herrschte über die Bedeutung und die Consequenzen des Satzes: ut nihil in praeiudicium eius iudicii (de hereditate) fieri debeat schon unter den klassischen Juristen grosse Meinungsverschiedenheit (dieses hebt Justinian in l. 12. pr. Cod. h. t. III. 31. hervor, indem er dort bloss historisch unserer Einrede erwähnt), und auch aus den einzelnen Bestimmungen des Iustinianischen Rechtes lässt sich keine allgemeine Regel ableiten, wornach jeder Dritte mit Beziehung darauf, dass ein Anderer dem Kläger das Erbrecht streitig mache, die Anstellung erbschaftlicher Singularklagen oder einer weiteren hered. petitio eines Anderen einstweilen mit der in Rede stehenden Einrede zurückweisen könnte. Vgl. l. 49. h. t.; Arndts a. a. O.

schuldner können von keiner der beiden um die Erbschaft streitenden Parteien belangt werden, indem sie dem Kläger die exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat entgegenstellen können[10]), es sei denn periculum in mora z. B. bei drohender Verjährung; aber auch dann brauchen die Schuldner nicht zu zahlen, bevor ihnen Caution geleistet ist, dass sie nicht noch einmal belangt werden[11]).

9. Dagegen kann sowohl der mit der Erbschaftsklage als Kläger Aufgetretene, wie der damit Beklagte während des Prozesses von Vermächtnissnehmern und Erbschaftsgläubigern belangt werden[12]). Geht der Anspruch aber auf eine bestimmte species, so geht die Klage auch nur gegen den Besitzer.

II. Im alten Rechte gab es (ganz in derselben Weise wie das interd. *Quem fundum*) auch ein interdictum *Quam hereditatem*, welches sowohl adipiscendae als recuperandae possessionis sein konnte, und den sich gegen die hereditatis petitio nicht vertheidigenden Beklagten zur alsbaldigen Herausgabe an den Kläger nöthigte[13]).

III. Der bon. possessor und h. z. T. ohne Weiteres der Erbe hat als blosses possessorisches Rechtsmittel das interd. (adipiscendae possessionis) *Quorum bonorum*[14]) zur schleunigen Erlangung des noch nicht inne gehabten Besitzes der res hereditariae oder ihrer Surrogate. Der Unterliegende kann aber noch immer nachher die hered. petitio anstellen. Das interd. Quor. bon. ist vom Prätor aufgestellt worden, bevor er dem bon. possessor die hered. petitio possessoria gewährt hatte.

IV. † *Missio in possessionem ex lege ult. Codicis de edicto divi Hadriani tollendo*[15]). Nach einem Edict Hadrian's konnte derjenige, welcher in einem äusserlich fehlerfreien, gerichtlich eröffneten Testamente, dessen Aechtheit durch die 7 Zeugen festgestellt war, zum Erben eingesetzt war, binnen eines Jahres wegen und gegen Entrichtung der Erbschaftssteuer eine immissio in bona nachsuchen. Justinian liess dieses ohne die Fristbeschränkung und ohne die längst abgeschaffte Erbschaftssteuer zu. Ueber das Erbrecht selbst entscheidet freilich diese missio etc. nicht. Tritt daher ein contradictor auf, so kommt es zu einem definitiven petitor. Verfahren über die Erbschaft, wobei der Immittirte der Beklagte

10) Arg. l. 49. cit. — 11) L. 1. §. 37. depos. vel c. XVI. 3. — 12) Iustinian l. 12. §. pr. §. 1. Cod. h. t. Vgl. l. 4. §. 1. Dig. si cui plus. XXXV. 3. — Ueber den Fall, dass der eine der Erbschaftsprätendenten der Fiscus ist, vgl. l. 35. de I. F. XLIX. 14. — 13) Vgl. o. §. 150. nr. VIII. — 14) Dig. XLIII. 2; Cod. VIII. 3; Vering, Erbr. S. 583 ff.; Savigny, Verm. Schr. II. S. 216—320; Arndts, Ges. civ. Schr. S. 310 ff. — 15) Cod. VI. 33. cf. Cod. III. 20. ubi de hered. agatur et ubi scripti heredes in possessionem mitti postulare debeant. Vgl. Vering, Erbr. S. 630 f.

ist. Es kann aber der Gegner, um die Besitzeinweisung des Anderen auszuschliessen, möglicher Weise ebenfalls ein äusserlich fehlerfreies nicht älteres Testament, oder die Einrede vorbringen, dass er die Sachen aus einem besseren oder anderen Titel besitze, z. B. als Käufer oder in Folge einer Schenkung, oder dass er die Sache ersessen habe, oder dass die Klagen des präsumtiven Erben verjährt seien. In der heutigen Praxis hat dieses provisor. Rechtsmittel der immissio wesentlich denselben Charakter wie das interd. Quorum bonorum.

§. 270. Die Veräusserung der Erbschaft.

Der Erbe kann die *hereditas* veräussern[1]. Er überträgt dadurch aber nur die einzelnen erbschaftlichen Rechte[2]. Für die Schulden haftet derselbe den Gläubigern fort, und er muss sich daher durch Vertrag mit dem Käufer den Ersatz dafür sichern. Nur wenn der Fiscus eine hereditas verkauft, gehen auf den emtor die Schulden unmittelbar über[3]. Ob auch die später an der Erben accrescirende Portion auf den Käufer übergeht, ist im einzelnen Falle quaestio facti über den Willen der Parteien. Im Zweifel ist es nicht der Fall[4]. Der Käufer hat die heredit. petitio utilis. Was vom Erbschaftskauf gilt, der allein in den Quellen behandelt ist, gilt analog auch von der Veräusserung der Erbschaft auf andere Titel hin, z. B. im Falle des Tausches, der Schenkung.

§. 271. Fälle eines einstweiligen Nachlasserwerbes[1].

Dahin gehören[2]:

I. Die *Bon. poss. furiosi nomine*[3]. Der curator kann diese für den furiosus nachsuchen, während wenn der curator die Einweisung nicht erwirkt hat, der interimistische Besitz des Nachlasses von dem nächstfolgenden Delaten beansprucht werden kann, und nur der furiosus nach erlangter Gesundheit dem Immitirten den Nachlass wieder entziehen könnte. Hat der curator des Wahnsinnigen aber die B. Pio nachgesucht, so kann der letztere stets ratihabiren und die Erbschaft antreten, oder ausschlagen, wenn er

§. 270. 1) Dig. XVIII. 4; Cod. IV. 39. De hereditate vel actione vendita. Vgl. Vering, Röm. Erbr. S. 563 ff. Ueber die davon verschiedene alte in iure cessio hereditatis vgl. o. §. 251. nr. II. S. 664; Böcking, Röm. Privatr. S. 258 g.

2) Vgl. o. §. 181. nr. I. S. 424 f. — 3) Arndts, Ges. civ. Schr. Bd. 2. S. 389 ff. — 4) Anderer Meinung ist unter Anderen Vangerow §. 494.

§. 271. 1) Vgl. Vering, Röm. Erbr. S. 625 ff.; Ubbelohde, Erbrechtliche Competenzfragen. I. Marburg 1868; Vangerow II. §. 510 ff.; Unger, §. 50; Windscheid III. §. 617 ff.

2) Vgl. o. §. 249. nr. III. 2. S. 659; §. 245. nr. I. S. 641. — 3) Iustinian l. 7. Cod. de cura fur. V. 70. a. 530; cf. Dig. de B. P. furioso competente XXXVII. 3.

wieder hergestellt ist. Schlägt er dann aber die Erbschaft aus oder stirbt er in der Geisteskrankheit, so braucht er zwar die von ihm inzwischen aus dem Nachlasse bezogenen Alimente in Ermangelung anderen Vermögens nicht zu restituiren, aber im Uebrigen fällt dann die Erbschaft, als hätte er sie gar nicht erworben, an diejenigen, welche als Substituten, Miterben[4]) oder Intestaterben des ursprünglichen Erblassers das nächste Recht haben, oder sonst an den Fiscus. In manchen Gegenden Deutschlands kann und soll übrigens nach Gewohnheitsrecht oder neueren Particulargesetzen[5]) der Vormund für den Wahnsinnigen die Erbschaft antreten und definitiv erwerben. Vermächtnisse, auch Universalfideicommisse, soll der curator schon nach röm. Rechte für den Geisteskranken definitiv in Anspruch nehmen. (Nach Analogie der B. P. furiosi nom. wird auch, wenn einem Taubstummen, qui intelligere non potest, oder einem Anwesenden eine Erbschaft deferirt ist, dem curator desselben eine interimistische B. P. ertheilt.)

II. Die bereits zu Cicero's Zeit bestehende *Bon. poss. ventris nomine*[6]). Diese erhält die schwangere Frau zu ihrer standesgemässen[7]) Alimentirung für ihr zu erwartendes Kind, wenn dieses als Descendent, oder falls die Frau der Alimente bedarf, auch dann, wenn das Kind ex testamento den Erblasser beerben würde. Und zwar sollen wegen der Möglichkeit, dass Drillinge geboren werden, drei Erbtheile reservirt werden. Hat die Frau *bona fide* diese missio nachgesucht, so braucht sie die Alimente nicht zu restituiren, falls sich später herausstellt, dass sie nicht schwanger war[8]). Im Falle dass die Frau doloser Weise die missio ventris nomine nachgesucht hatte, geht gegen sie eine actio in factum propter calumniam, welche sie infamirte[9]).

III. Die *Bon. poss. ex Carboniano edicto*[10]). Diese wird nach einem vielleicht schon zu Cicero's Zeit bestandenen, der pars edicti *Unde liberi* sich anschliessenden Carbonianum edictum und den dieses fortbildenden kaiserlichen Constitutionen auf Antrag der Vormünder dem notherbberechtigten unmündigen Descendenten des Erblassers bis zur Pubertät ertheilt, wenn dem Kinde sein status (seine Kindschaft) und damit seine Erbschaft bestritten wird und die Erbansprüche desselben nicht sogleich sich als offenbar grundlos herausstellen. Die Carbon. B. Poss. muss intra annum

4) Die Miterben werden aber in l. 7. cit. §. 7. nicht erwähnt und desshalb von Einigen, z. B. von Vangerow, hier ausgeschlossen. — 5) Wie nach österr. Recht. — 6) Dig. XXXVII. 9. cf. Dig. XXV. 5. 6. vgl. o. §. 230. nr. III. S. 596. — 7) L. 1. §. 19. h. t. XXXVII. 9. — 8) L. 5. eod. — 9) L. 1. §. 28. l. 3. eod. — 10) Paul. S. R. III. 1; Th. Cod. IV. 3; Dig. XXXVII. 10; Cod. VI. 17; vgl. o. §. 230. nr. III. S. 596; Lassalle a. a. O. S. 363 ff.

utilem vom Momente der status quaestio an agnoscirt werden. Wenn der impubes nicht auch als heres, sondern nur als Bon. Possessor berufen war, so musste er bei den Römern auch die B. Pio ordinaria nachsuchen. Der Rechtsstreit über den status des Kindes wird bis zu dessen Mündigkeit verschoben, und das Kind erhält einstweilen Alimente, die es auch nicht zu restituiren braucht, wenn ihm später durch den Richter die Kindeseigenschaft aberkannt wird. Leisten die Vormünder des impubes Caution, so erhalten sie den Besitz und die Verwaltung der Erbschaft; andernfalls erhalten diese die Gegner des impubes, wenn dieselben Caution leisten; oder sonst wird vom Gericht ein curator zur Verwaltung der Erbschaft bestellt. Hat der impubes Caution geleistet, oder thut er dieses noch nach erreichter Pubertät, so gilt er als Beklagter im künftigen Erbschaftsstreite; leistet er keine Caution und sein Gegner leistet solche, so muss er als petitor hereditatis auftreten.

IV. Die vor Cicero schon bestandene *Bon. poss. litis ordinandae gratia*[11]).

V. Die *Bon. poss. secundum tab.* des unter einer noch schwebenden Bedingung eingesetzten Erben[12]).

§. 272. Der Verlust einer deferirten Erbschaft[1]).

I. Eine deferirte Erbschaft geht von Seiten des voluntarius oder extraneus heres verloren durch Ausschlagung *(repudiatio)*, welche aber pure und a tota hereditate und post delatam hereditatem geschehen muss[2]). Die Ausschlagung der B. Pio schloss nicht auch die der hereditas in sich, sowie umgekehrt.

II. Die Delation der hereditas wird auch unwirksam durch den Tod des Delaten vor dem Antritt der Erbschaft († *hereditas delata nondum acquisita nontransmittitur ad heredes heredis)*[2a]). Jedoch bildeten sich allmählich aus Billigkeitsgründen Ausnahmen davon (Transmissionsfälle, † successiones in delationem). Es gibt aber keine sog. † *transmissio ex iure suitatis*, denn der suus wird ipso iure beim Tode seines Gewalthabers sogleich Erbe, er

11) S. o. §. 249. S. 657. — 12) Vgl. o. §. 267. nr. II. S. 716.

§. 272. 1) Vering, Erbr. S. 502 ff.; Bruns a. a. O. §. 92. nr. 2. S. 438; Unger §. 36. Note 17, 18; Windscheid III. §. 600 ff.; Wieding in Holtzendoff's Rechtslexikon. Bd. 2. Art. „Transmissionsfälle"; Lassalle a. a. O. S. 368 ff.

2) Dig. XXIX. 2. De acquirenda vel omittenda hered. Cod. VI. 31. De repudianda vel abstinenda her.; cf. Cod. VI. 19. de repudianda B. Pione. Vering, Erbr. S. 449 ff.; Mühlenbruch-Glück Bd. 43. S. 103 ff.

2a) L. 13. pr. de A. v. O. H. XXIX. 2; Iustinian. l. un. §. 1. Cod. de cad. toll. VI. 51: „Hereditatem etenim nisi fuerit adita, transmitti nec Veteres concedebant, nec nos patimur. . ."; l. 7. Cod. de iure del. VI. 30; l. 4. Cod. qui adm. ad B. P. VI. 9; cf. §. 2. Inst. quib. mod. test. inf. II. 17.

transmittirt daher nicht eine blosse deferirte, sondern immer eine schon acquirirte Erbschaft auf seine Erben.

1. Der Prätor gewährte eine schon von Julian[3]) erwähnte transmissio *ex capite in integrum restitutionis* in der Form einer bonor. poss. decretalis[4]) in einer Reihe bestimmter Fälle[4a]), nämlich a) wenn der Delat bereits selbst wegen laesio enormis und iusta causa die i. i. r. gegen die unterlassene Agnition der Bon. Pio hätte nachsuchen können, b) wenn ein eingesetzter Descendent starb, ohne dass er hatte antreten können, weil es sich noch nicht entschieden hatte, ob ein postumus des Erblassers geboren würde, c) wenn der Delat verstarb ohne angetreten zu haben, weil er durch das edictum Carbonianum daran gehindert wurde, d) weil noch keine Gewissheit da war, ob der Erblasser als homo sui iuris oder alieni iuris verstorben war, e) wenn der Delat wegen des S. C. Silanianum[5]) noch nicht hatte antreten können, d. h. starb, bevor die Sclaven des ermordeten Erblassers unter Anwendung der Folter verhört worden waren (vorher durfte der Delat nicht antreten, wenn er nicht indignus werden wollte)[6]); f) wenn ein neben anderen eingesetzter Intestaterbe nicht antreten konnte, weil das Testament als verfälscht angefochten wurde, so können dessen Erben eine B. P. decretalis auf soviel beanspruchen, als jener jedenfalls ab intestato erhalten hätte. g) Wenn Jemand wegen rei publicae causa absentia keine Kunde von der Delation erhielt, und desshalb die von seinem procurator agnoscirte B. P. nicht ratihabiren konnte, so soll seinem Erben eine in int. rest. gewährt werden.

2. Die † transmissio der querela inofficiosi testamenti auf die Erben des Pflichttheilserben erfolgt, sobald sie vom letztern vorbereitet ist[7]).

3. Theodos II. und Valentinian III.[8]) erlaubten dem Vater, auch wenn er die potestas nicht hatte, die seinem verstorbenen infans deferirte Erbschaft auch noch nach dem Tode desselben als eine schon dem Kinde erworbene in Anspruch nehmen zu dürfen. Diese † *transm. ex capite infantiae*, welche schlechtweg iure patrio geschieht, ist jedoch gar kein eigentlicher Transmissionsfall.

3) L. 5. de b. p. c. t. XXXVII. 4. — 4) Vgl. Vering, Röm. Erbr. S. 504 ff. — 4a) Sie beruhen alle auf dem (nicht generell angewandten) Princip, dass Verhinderung des Delaten zur Antretung durch gerechte Gründe die Erben zur Restitution berechtigt gegen die durch seinen Tod erfolgte Aufhebung der Delation. — 5) Dig. XXIX. 5. De SCto Silaniano. — 6) Vgl. Lassalle a. a. O. S. 371 ff. — 7) Vgl. o. §. 263. nr. IV. 2. S. 762.

8) L. 18. pr. §. 1. 3. Cod. de iure delib. VI. 39. v. J. 426: „. . parentem superstitem omnia ex quacumque successione ad infantem devoluta iure patrio *quasi iam infanti quaesita* capere.“

4. Theodos. II. und Valentinian III.[9]) erlaubten auch den Descendenten einen eingesetzten Descendenten, der vor der Eröffnung des Tetamentes verstarb und desshalb nach der lex Iulia[10]) nicht antreten konnte, die ihrem Ascendenten deferirte Erbschaft und diesem zugewandte Vermächtnisse zu erwerben, falls sie nicht die Erbschaft ihres Erblassers überhaupt ablehnten. Diese † *transmissio Theodosiana* oder † *ex iure sanguinis* wurde von Justinian bestätigt[11]), obschon er auch die testamentarische Erbschaft wieder momento mortis testatoris deferirte. Es konnte nämlich, wenn jetzt auch das gesetzliche Hinderniss weggefallen war, der Antretung von Seiten des Testamentserben häufig noch ein thatsächliches Hinderniss entgegenstehen, und derselbe sterben, bevor das Hinderniss weggefallen war.

5. Justinian[12]) führte die † *transmissio Iustinianea*[13]) ein, d. h. wenn der Delat, einerlei ob ihm die hereditas ex testamento oder ab intestato deferirt ist, stirbt, ohne sich über die Annahme oder Ablehnung der Erbschaft erklärt zu haben, so soll binnen eines Jahres a momento delationis[14]), einerlei ob der Delat eine Deliberationsfrist nachgesucht habe oder nicht, und ob der Delat Kunde von der hereditas erhielt oder nicht, den Erben desselben noch gestattet sein, die hereditas anzutreten.

6. Justinian gestattete auch dem pater familias die seinem Hauskinde deferirte, aber von diesem ausgeschlagene oder wegen absentia oder Tod des Kindes für dieses noch nicht angetretene Erbschaft für sich zu erwerben[15]). † *Transmissio ex jure patrio* nennt man diesen Erwerb von Seiten des Vaters nach dem Tode des Hauskindes.

III. Schon die deferirte Erbschaft kann durch Ereption wegen Indignität[16]) verloren gehen.

9) L. un. Cod. de his, qui ante apertas tabulas hereditatem transmittant VI. 52. v. J. 450; Vangerow im Archiv f. civ. Pr. Bd. 25. S. 439 ff.; Wolff, De transm. Theod. Marburg 1853. — 10) Vgl. o. §. 266. nr. I. S. 713. — 11) L. un. §. 5. Cod. de cad. toll. VI. 51. im J. 534. — 12) L. 19. Cod. de iure deliberandi. VI. 30. v. J. 529.

13) Wieding, Die Transmission Justinian's, insbesondere das Wissen oder Nichtwissen der transmittirenden Erben. Leipzig 1859; Vangerow im Archiv f. civ. Prax. Bd. 24. S. 153 ff.; Lassalle, a. a. O. S. 362 ff.

14) Nach der herrschenden Lehre von dem Augenblicke an, wo der Delat Kunde erhielte, d. h. a momento scientiae des Delaten, dagegen wenn dieser, ohne diese Kenntniss erhalten zu haben, stürbe, überhaupt nicht. Vangerow a. a. O. und Windscheid III. §. 600. S. 194 f. lassen, wenn der Berufene ohne von der Berufung Kenntniss erhalten zu haben, stirbt, den Erwerb durch die Erben des Delaten während eines Jahres von dessen Tode an zu.

15) L. 8. pr. §§. 1. 2. Cod. de bonis quae liberis VI. 61. v. J. 531.

16) Vgl. o. §. 258. nr. II. S. 687 f.

§. 273. Der Verlust der bereits erworbenen Erbschaft.

I. Die schon acquirirte Erbschaft kann noch wegen Indignität eripirt werden [1]).

II. Die ex testamento erworbene Erbschaft kann verloren gehen durch Rescission des Testamentes in Folge einer querela inofficiosi testamenti [1a]).

III. Der ipso iure Erbe gewordene suus (sowie auch, so lange das mancipium bestand, der im mancipium des Erblassers gewesene und von diesem im Testamente freigelassene und zum Erben eingesetzte necessarius heres) [2]), kann das ihm vom Prätor gewährte † *beneficium abstinendi* anwenden, d. h. formlos und aussergerichtlich erklären, dass er sich der Erbschaft des Gewalthabers enthalten wolle [3]). Nur darf er sich noch nicht in die Erbschaft eingemischt, d. h. noch keine Handlungen als Erbe vorgenommen haben, oder sonst muss er gegen diese Einmischung eine in integrum rest. erhalten haben. Das beneficium abstinendi fällt auch weg, wenn der suus etwas aus der väterlichen Erbschaft bei Seite gebracht hat. Dass dieses aber geschehen sei, oder dass der suus sich bereits in den Nachlass eingemischt habe, muss im Falle, dass der suus es läugnet, sein Gegner beweisen.

Wenn der suus abstinirt hat, so bleibt er doch *iure civili* noch immer Erbe, und an seiner Stelle können Substituten und Miterben nach röm. Rechte daher nur als bonorum possessores, nicht als heredes eintreten, und das Testament kann daher dadurch, dass ein suus abstinirt, nicht destitutum werden, auch bleiben desshalb die sonstigen Bestimmungen des Testamentes in Kraft. Ein Miterbe hat sich zu erklären, ob er sich die Anwachsung gefallen lassen, oder lieber auch seine ursprüngliche Portion wieder aufgeben will. Es accressirt hier nicht ipso iure [4]).

IV. Der extraneus heres kann sich gegen die Antretung im Falle dass er dadurch laedirt ist, *in integrum restituiren* lassen, wegen minor aetas oder metus, nicht aber auch ein maior wegen error über die Solvenz der Erbschaft (d. h. ob sie ausreiche, um die Schulden zu decken).

Wenn sich ein Erbe gegen den Antritt hat restituiren lassen, so kann ein Substitut [5]) nach röm. Recht nicht die Erbschaft antreten, sondern nur eine B. P. secundum tabulas agnosciren, aber nach der heutigen Praxis gilt die B. P. auch hier ganz gleich einer blossen Erbschaftsantretung. Ein Miterbe hat ganz freie Wahl,

§. 273. 1) Vgl. o. §. 258. nr. II. S. 687 f. — 1a) Vgl. o. §. 263. nr. IV. S. 702. — 2) Gai. II. 123. 160. — 3) Gai. II. 158. — 4) L. 55. 56. l. 38. de acq. vel om. her. XXIX. 2; Vering, Erbr. S. 520 ff. — 5) S. o. §. 260.

ob er sich die Anwachsung der Portion gefallen lassen oder sich auf seine ursprüngliche Portion beschränken will, in welchem letzteren Falle dann die Creditoren in den ausfallenden Theil immittirt werden[6]).

§. 274. Von den bona vacantia[1]).

I. Bis auf Augustus galt der Grundsatz, dass *bona vacantia*, d. h. erblose Güter, als res nullius von Jedem occupirt werden konnten[2]). Durch die Ausbildung der bon. poss. wurden die Fälle, wo keine Erben eintraten und sonst die bona vacantia geworden wären, seltener.

Die lex Iulia et Papia Poppaea bestimmte aber, dass die bona vacantia dem Aerarium zufallen sollten[3]), an dessen Stelle seit Caracalla der Fiscus trat. Der Anspruch des Fiscus verjährte jedoch in vier Jahren. Sein Recht war ursprünglich bloss ein privilegirtes Occupationsrecht, nahm aber nach und nach mehr den Charakter einer Universalsuccession an. Namentlich erhielt der Fiscus auch eine hereditatis petitio utilis. Auch der Fiscus muss nach der Praxis inventarisiren, um nicht für die Schulden über den Belauf der bona zu haften[4]).

II. Dem Rechte des Fiscus auf die bona vacantia wurden von den Kaisern noch Berechtigungen anderer Personen vorangestellt. So wies Hadrian die bona vacantia des miles der legio, Constantin dem Mitbeschenkten den erblos gewordenen Theil eines kaiserlichen Geschenkes (socius liberalitatis imperialis) und dem collegium decurionum den erblosen Nachlass des Decurionen zu und Constantius wies auch allen grösseren Heeresabtheilungen, namentlich auch bei der Reiterei den erblosen Nachlass eines Cameraden und die bona vacantia der Cohortalen, d. h. der Officialen und Apparitoren eines praeses provinciae, den in derselben Provinz dienenden, und die bona vacantia eines navicularius dem Collegium derselben zu. Theodos II. und Valentinian III. wiesen die bona vacantia eines Geistlichen oder Mönches der Kirche oder dem Kloster zu. Dieselben Kaiser wiesen die bona vacantia eines fabricensis d. h. eines Arbeiters in den kaiserlichen Waffenfabriken, dem collegium der-

6) L. 61. Dig. de acq. vel. om. her. XXIX. 2.

§. 274. 1) Gai. II. 150; Ulp. XXVIII. 7. — De bonis vacantibus et de incorporatione; Th. Cod. X. 8. 9; Iust. Cod. X. 10. — Cod. VII. 37. De quadriennii praescriptione. cf. Th. et Iustinian. Cod. X. 14; Th. Cod. V. 2—4; Iust. Cod. VI. 62; X. 34. Vgl. Vering, Erbr. S. 567 ff.; Danz, Gesch. des röm. R. Bd. 2. §. 184. S. 169 ff.

2) Cic. de leg. II. 19. — 3) Ulp. XXVIII. 4; l. 96. de legat. 1. — 4) Vgl. auch o. §. 268. nr. III. S. 720 f.

selben zu. (Ueber die addictio bonorum libert. conserv. causa wurde schon gehandelt[5]).

Von den Vermächtnissen[1]).

§. 275. Begriff und Arten der Vermächtnisse[2]).

Vermächtniss ist eine letztwillige Zuwendung, welche aus dem Nachlass oder auf Kosten des Nachlasses entrichtet werden soll, und eine indirecte (d. h. durch den Onerirten, der das Vermächtniss aus seiner Portion auszuzahlen hat, vermittelte) Succession für den Honorirten oder Vermächtnissnehmer. Ursprünglich gab es nur eine Art von Vermächtniss, das nach ius civile oder das *legatum*, seit Augustus wurde aber auch ein Vermächtniss nach ius gentium, das *fideicommissum* rechtlich erzwingbar. Justinian verschmolz beide Arten von Vermächtniss.

§. 276. Von dem legatum insbesondere.

I. *Legatum*[1]) ist die im alten Civilrecht begründete, in Folge testamentarischer Auflage an einen Erben eintretende indirecte successio (und zwar bis auf Justinian stets successio singularis) in Vermögensgegenstände aus dem Nachlasse eines Erblassers oder auf Kosten des Nachlasses (delibatio hereditatis).

II. Die legata mussten, wie schon früher[2]) bemerkt wurde, ursprünglich lateinisch, befehlsweise, certis solennibus verbis und post heredis institutionem angeordnet werden, ebenso wie auch die Freiheitsertheilungen[3]).

War demnach inter medias heredum institutiones ein Sklave freigelassen oder ein Legat ausgesetzt, so kam es vor der lex Papia Poppaea zunächst darauf an, ob bloss der eine, oder beide Erben antraten. Trat bloss Einer an, und zwar der zuerst Instituirte,

5) Vgl. o. §. 265. nr. IV. S. 710.

1) Gai. II. 191—289; Ulp. XXIV. XXV.; Paul. S. R. III. 6. — IV. 3; Th. Cod. IV. 4; Inst. II. 20—25; Dig. XXX—XXXVI; Cod. VI. 36—54. [53.]; Vering, Erbr. S. 668—800; Unger §. 54—75; Vangerow II. §. 519 ff.; Windscheid III. §. 623 ff.; Bruns a. a. O. §. 90. S. 431 ff.; Lassalle a. a. O. S. 120—144, 171 ff.; 216 ff.; Glück's Commentar fortges. von Arndts Bd. 46. 47. Erlangen 1868. 1872 f.

§. 275. 2) Hartmann, Begriff und Natur der Vermächtnisse im Röm. Recht. Braunschweig 1872.

§. 276. 1) Legatum est, quod legis modo id est imperative testamento relinquitur. Ulp. XXIV. 1; Legatum est delibatio, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit. L. 116. pr. Dig. de leg. I. (30.). Vgl. auch §. 1. Inst. de legat. II. 20.

2) S. o. §. 255. nr II.; §. 259. nr. I. 2. — 3) S. o. §. 47. nr. I. 3.

während der zweite ausfiel, so war die Freilassung oder das Legat als post heredis institutionem angeordnet gültig. Schlug dagegen der erste aus und trat nur der zweite an, so war Alles als ante heredis institutionem angeordnet ungültig. Traten aber beide Erben an, so war die Freilassung, weil die libertas untheilbar ist, ungültig; und beim Legate kam es in diesem Falle darauf an, ob es[4]) per vindicationem oder per damnationem angeordnet war. Erstenfalls bestand das Legat nämlich, insofern es theilbar war, zur Hälfte; im letzteren Falle aber galt es ganz, weil per damnationem nicht bloss eigene Sachen des Testators, sondern auch fremde Sachen hinterlassen werden konnten[5]). Die lex Papia machte an Vorstehendem die Aenderung, dass wenn nur der erste Erbe antrat, zu unterscheiden war, ob derselbe das ius antiquum oder doch Kinder hatte[6]), in welchem Falle es bei den angegebenen Sätzen blieb; oder ob keines von beidem der Fall war, wo dann die Portion des Wegfallenden an die legatarii patres fiel, während die Freilassung hinfällig war, obgleich Manche in favorem libertatis annahmen, es könne auch hier die Freilassung vollständig in Kraft bleiben[7]). Justinian erklärte jedoch, die Freilassungen und Legate seien auch vollkommen gültig, wenn sie ante heredis institutionem oder inter medias heredum institutiones angeordnet seien (indem man nicht ordinem scripturae sequi ac spernere voluntatem testatoris, sondern bloss auf die voluntas testatoris sehen sollte[8]).

III. Es gab im alten Recht vier Formen der legata[9]) mit verschiedenen Voraussetzungen und Wirkungen:

1. Das legatum *per vindicationem*[10]) mit der Formel: *do lego* (z. B. Titio fundum meum do lego; jedoch war auch die Form: *sumito*, *capito*, *sibi habeto* genügend). Dabei musste der Testator sowohl zur Zeit der Errichtung des Legats, als auch zur Zeit seines Todes (utroque tempore) oder bei Fungibilien wenigstens im Augenblicke seines Todes quiritarisches Eigenthum an dem Gegenstande haben. Es erlangte dann der Legatar nach der Meinung der Sabinianer, die in das spätere Recht überging, sofort mit der Antretung der Erbschaft ipso iure, nach der Ansicht der Proculianer dagegen, für die ein Rescript von Antoninus Pius zu sprechen schien, erst durch die Erklärung das Legat annehmen zu wollen, ebenfalls civiles Eigenthum, welches er, nachdem der Erbe die Erbschaft angetreten hatte, sofort durch rei vindicatio geltend

4) S. u. nr. III. — 5) Paul III. 6. 2. — 6) S. o. §. 258. I. — 7) Ulp. I. 21. — 8) §. 34. Inst. de legat. II. 20. — 9) Gai. II. 193—223. — 10) Vgl. Vering, Erbr. S. 692 ff.; Jhering in s. Jahrbb. X. (1871) S. 476 ff.; Lassalle a. a. O. S. 174—189; Göppert in der oben §. 73. Note 1 citirten Schrift S. 112 f.

machen konnte. War eine Sache per vindicationem sub condicione legirt, so war nach der Ansicht der Sabinianer die Sache vor dem Eintritte der Bedingung im Eigenthum des Erben exemplo statu liberi, nach der Ansicht der Proculianer dagegen res nullius, d. h. sie stand weder im Eigenthum des Erben, noch des Legatars, wurde also gleichsam als res hereditaria betrachtet[11]). Im justinian. R. ist die Ansicht der Sabinianer gebilligt[12]). Wenn Mehreren zusammen eine Sache per vindicationem legirt war, einerlei ob coniunctim, d. h. in einem Satze, oder disiunctim, d. h. in verschiedenen Sätzen, so bekam jeder einen gleichen Theil (partes concursu fiunt), und fiel Einer von ihnen weg, so erhielten die Uebrigbleibenden das ganze Legat.

2. Das legatum *per damnationem*[13]) mit der Formel: *heres damnas esto dare*, wodurch eine strenge, im ältesten Prozesse durch manus iniectio, später durch eine condictio (certi: dare oportere) zu verfolgende Forderung begründet wurde. Die legirte Sache brauchte hier nicht im quiritar. Eigenthum des Testators zu stehen, sondern sie konnte sogar eine fremde Sache sein. Wenn per damnationem zweien disiunctim legirt war, so erhielt der Eine die Sache selbst, der Andere den vollen Werth der Sache; und wenn an zwei coniunctim per damnationem legirt war, so erhielt jeder die Hälfte; ein Accrescenzrecht trat beim Damnationslegat niemals ein[14]).

3. Das legatum *sinendi modo relictum*[15]) mit der Formel: *heres damnas esto sinere, Lucium Titium sumere sibique habere*, eine Abart des Damnationslegats. Es begründete ebenfalls eine strenge Forderung, eine condictio (incerti) gegen den Erben. Der heres war hier nicht zum dare, sondern nur zum pati verpflichtet. War hier Mehreren zusammen coniunctim legirt, so bekam Jeder wie beim legatum per damnationem die Hälfte; war aber disiunctim legirt, so glaubten die Einen, es verhalte sich dann ebenfalls wie beim Damnationslegat, jedoch die Mehrzahl der römischen Juristen stellte für diesen Fall die Regel auf: occupantis melior est condicio, d. h. wer zuerst komme, könne die Sache in Besitz nehmen, wer zuletzt komme, habe keinen Anspruch mehr.

4. Das legatum *per praeceptionem*[16]) mit der Formel: *Lucius Titius illam rem praecipito*, eine Abart des legatum per vindicationem. Es konnte nur eigene Sachen und Forderungen des Erblassers (aber

11) Gai. II. 200. — 12) Vgl. Ulp. I. 1. 2; l. 44. §. 1. de legat. I. (30.) — 13) Lassalle a. a. O. S. 192—215. — 14) Vgl. auch §. 258. nr. I. 2. 3. 5. — 15) Lassalle a. a. O. S. 206—215.

16) Lassalle a. a. O. S. 190 ff.; Degenkolb, De legato, quod fiebat per praeceptionem. Diss. inaug. Berol. 1855; Czhylarz, Ueber das legatum per praeceptionem. In Haimerl's Viertelj. Schr. III. (1860) S. 115—150.

auch nur bloss in bonis desselben stehende Sachen) betreffen und nach der Meinung der Sabinianer nur einem Miterben zugewandt und in dem iudicium familiae herciscundae geltend gemacht werden; dagegen nach der Ansicht der Proculianer, welche durch ein Rescript Hadrian's bestätigt wurde, sollte das Präceptionslegat, wie ein Vindicationslegat gelten, und daher auch einem Nicht-Mit-Erben zugewandt werden und durch Vindication geltend gemacht werden können. Darin stimmten aber beide Rechtsschulen überein, dass, wenn Mehreren dieselbe Sache per praeceptionem coniunctim oder disiunctim legirt sei, singulis partes deberi[17]).

IV. Ein Senatus-Consultum *Neronianum*[18]) bestimmte, es solle das in der Form des Vindicationslegats hinterlassene Legat als Damnationslegat aufrecht erhalten werden können, wenn die materiellen Erfordernisse des ersteren fehlten, die des letzteren aber vorhanden wären.

V. Durch Constantin, Constans und Constantius wurden die verba sollennia erlassen[19]). Justinian hob die Verschiedenheiten der vier genera legati auf und bestimmte, dass immer materiell die Wirkungen eintreten sollten, die den Umständen gemäss seien[20]).

§. 277. Von den fideicommissa und codicilli[1]).

I. *Fideicommissa* sind die Vermächtnisse, welche in einem Testamente, oder in *codicilli*, d. h. einer letzten Willensordnung, die keine directe Erbeinsetzung enthält, *precativis verbis* (z. B. so: fidei tuae committo, heredem rogo u. dgl.), selbst solo nutu und nicht nur in lateinischer Sprache angeordnet, auch nicht bloss einem Testamentserben, sondern auch einem Intestaterben, ja überhaupt Jedem, der direct oder indirect iudicio testatoris und nicht bloss fortuito casu etwas aus dem Nachlasse erhielt, auferlegt werden können, und so eine indirecte Singularsuccession nach ius gentium (bonitarisches Eigenthum und Uebertragung der Forderungen auf den Fideicommissar mit actiones utiles) begründeten[1a]).

17) Gai. II. 223. — 18) Gai. II. 197 sq. 218. 220. 222; Ulp. XXIV. 11; Lassalle a. a. O. S. 216 ff. — 19) L. 21. Cod. de leg. VI. 37. — 20) L. 1. Cod. comm. de leg. VI. 43.

§. 277. 1) Gai. II. 246—89; Ulp. XXIV. 1. XXV. 1—18; Paul. S. R. IV. 1—4; §§. 1. 4. 12. Inst. De fideic. her. II. 23; Inst. II. 25. De codicillis; Dig. XXIX. 7; Cod. VI. 36; Th. IV. 4. eod. — Fein, Das Recht der Codicille. (Bd. 44. u. 45. des Glück'schen Comment.) Erlangen 1851. 1853.; Bruns a. a. O. §. 90. S. 431 ff.; Vangerow II. §. 526 ff.; Vering, Erbr. S. 696 ff.; Windscheid, III. §. 628 ff.; Lassalle a. a. O. S. 120—144, S. 126 Anmerk. — 1a) Ulp. XXV. 1: Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.

Fideicommisse konnten auch ante heredis institutionem und auch post mortem heredis hinterlassen werden, während legata post mortem heredis vel legatarii oder auch pridie quam heres vel legatarius moriatur vor Justinian ungültig waren[2]). Nachdem aber Justinian[3]) den Grundsatz des älteren Rechts, dass eine obligatio weder activ noch passiv erst auf die Person des Erben gestellt werden könne, aufgehoben hatte, gestattete er nun auch, dass legata post mortem heredis oder pridie quam heres moriatur, hinterlassen würden[4]). Anfangs konnten selbst peregrini fideicommissa capere, was aber Hadrian aufhob[5]). Jedoch behielten die Latini Juniani[6]) die Fähigkeit, Fideicommisse zu erwerben. Bis zum Senatusconsultum Pegasianum (v. J. 75 n. Chr.) unter Vespasian konnten auch caelibes und orbi[7]) fideicommissa capere. Und bis auf ein Hadrian. S. C. konnten auch einer incerta persona und einem postumus alienus Fideicommisse zugewandt werden; seit diesem S. C. galt hier das Nämliche wie für legata und hereditates[8]).

II. Augustus hatte zur Geltendmachung der Fideicommisse eine extraordinaria cognitio gewährt, die man vor dem Consul anstellen konnte, oder vor dem besonderen praetor fideicommissarius (Claudius hatte 2 solcher eingeführt, aber Titus behielt nur einen bei), oder in den Provinzen vor dem praeses provinciae. Die persecutio fideicommissi ging ursprünglich nur auf Ablieferung der Sache, also auf Vornahme der mancipatio, in iure cessio, traditio u. s. w., so dass hier in Bezug auf die Gegenstände des Fideicommisses die Grundsätze des legatum per damnationem galten. Jedoch nahmen Einige an, dass wenn per fideicommissum eine fremde Sache vermacht sei, das Fideicommiss erlösche, wenn der Eigenthümer die Sache nicht veräussern wolle[9]). Früchte und Zinsen mussten bei der persecutio fideicommissi, da sie bonae fidei war, geleistet werden[10]). Es zog aber das Abläugnen des Fideicommisses nicht wie das Abläugnen des legatum per damnationem, die Verurtheilung auf das duplum nach sich, und desshalb konnte auch ein irrthümlich gezahltes Fideicommiss mit der condictio indebiti zurückgefordert werden[11]). Justinian hob die Verurtheilung auf das duplum wegen Abläugnens bei allen legata auf, mit Ausnahme beim legatum ad pias causas[12]).

III. Fideicommisse und codicilli kamen wohl schon während der Republik vor, aber ihre Erfüllung war noch lediglich dem Gewissen

2) Gai. II. 232. 269. — 3) C. un. ut actiones ab hered. IV. 11. s. o. §. 194. S. 470. — 4) §. 34. 35. Inst. de legat. II. 20. — 5) Gai. II. 285. — 6) S. o. §. 49. nr. III. — 7) Vgl. o. §. 258. nr. I. 5. a. E. — 8) Gai. II. 286. 287; vgl. u. §. 278. — 9) Gai. II. 262. — 10) Gai. II. 280. — 11) Gai. II. 282 sq. — 12) §. 26. Inst. de act. IV. 6.

des Belasteten überlassen. Augustus wurde aber im Testamente des Lentulus neben dessen Tochter zum Erben eingesetzt, und den Erben hatte der Testator noch in codicilli testamento confirmati d. h. in einer formlosen Urkunde, die er jedoch in seinem Testamente bestätigt hatte, Vermächtnisse auferlegt. Augustus erfüllte diese fideicommissarische Auflage, und bewog auch die Tochter des Lentulus, dasselbe zu thun[13]). Trebatius soll auf Befragen des Augustus sich für die Anerkennung der codicilli erklärt haben. Labeo, dessen Schule sonst den Kaisern gern opponirte, errichtete selbst codicilli, und so gelangten dieselben alsbald zur allgemeinen Anerkennung[14]). Jedoch noch zu Plinius Zeiten betrachtete man nur die codicilli testamento confirmati als gültig[15]). Später wurden aber auch die neben einem Testamente errichteten (codicilli testamentarii), aber in dem Testamente nicht bestätigten codicilli, die ebenso wie die confirmirten mit dem Testamente stehen und fallen, und dann selbst die *codicilli ab intestato*, neben denen gar kein Testament errichtet wurde, für verbindlich angesehen. Hatte Jemand zuerst codicilli und hinterher ein Testament errichtet, so war noch Papinian der Ansicht, dass die codicilli durch das Testament aufgehoben würden, falls sie nicht darin bestätigt seien. Severus und Antoninus rescribirten aber, dass früher errichtete codicilli durch ein nachfolgendes Testament nur dann aufgehoben werden sollten, wenn der Testator ihre Aufhebung ausdrücklich in dem Testamente bestimmt habe[16]).

IV. In den codicilli ab intestato konnten fideicommissa und libertates fideicommissariae angeordnet werden[17]). Legata und directe Freilassungen, sowie die Anordnung eines tutor testamentarius konnten dagegen immer nur in einem Testamente oder in bestätigten codicilli vorkommen[18]). In blossen codicilli können aber niemals Verfügungen über die directe Universalsuccession, sondern stets nur solche Anordnungen getroffen werden, welche in einem Testamente als Nebenbestimmungen vorkommen. In codicilli kann

13) Vielleicht lag auch ein Grund, die Codicille klagbar zu machen, mit darin, dass man zu Augustus Zeiten grosse Reisen, wie sie die Alten eben nicht unternahmen, machte, und desshalb eine leichtere [und doch klagbare] Form des letzten Willens nöthig war.

14) Pr. Inst. de codicillis II. 25. coni. c. §. 1. Inst. de fideic. hered. II. 23. Ueber erstere Stelle s. Hofmann in der Zeitschr. für Rechtsgesch. Bd. 11. (1874.) S. 470, der mit Recht ein offenbar aus Versehen in den Handschriften fortgefallenes „non" ergänzen und desshalb lesen will: „quae apud veteres *non* fuissent." Vgl. vor. Note 13.

15) Plin. epist. II. 16. — 16) Theoph. ad §. 1. Inst. de codic. II. 25. — 17) Gai. II. 270.; Ulp. XXV. 4. und 8; Paul. IV. 1. 10. — 18) Ulp. l. c.; l. 43. de man. test. XL. 4; l. 3. pr. de testam. tut. XXVI. 2.

weder die Erbeinsetzung noch die Enterbung oder ein Widerruf der Erbeinsetzung getroffen werden[19]). Es kann nur der Name des Erben in codicilli nachgetragen werden, wenn sich der Testator dieses in seinem Testamente vorbehalten hat[20]), und eine in codicilli ausgesprochene Bestätigung einer ungültigen Erbeinsetzung, sowie eine bloss codicillarische Pupillarsubstitution wird durch eine benigna interpretatio als Fideicommiss aufrecht erhalten[21]). Auch bewirkt die in codicilli erfolgende Indignitätserklärung eines eingesetzten Erben, dass dessen Erbtheil als erepticium dem Fiscus zufällt[22]). Ueber das spätere Aufhören der ursprünglichen Formlosigkeit der codicilli handeln wir weiter unten[23]).

§. 278. Die Vereinigung der legata und fideicommissa unter Justinian[1]).

Auch Legate konnten seit Constantin und seinen Söhnen ohne befehlende Wortformeln und seit Theodos auch griechisch gefasst sein, und die Unterschiede der actiones directae und utiles und zwischen ordinaria und extraordinaria cognitio hatten sich seit Constans und Constantius mit dem Aufhören der formulae verloren[2]). Justinian stellte zunächst[3]) die Fideicommisse insofern den Legaten gleich, als bei einer res propria testatoris der Vermächtnissnehmer stets eine rei vindicatio und ausserdem aus jedem Vermächtnisse jetzt eine actio personalis gegen den Onerirten und eine Pfandklage an der Erbportion des Onerirten haben soll. Sodann bestimmte er[4]) legata und fideicommissa sollten vollständig ausgeglichen sein und in jedem Falle solle id quod pinguius est, d. h. in Betreff der Erfordernisse der Vermächtnisse sollten die milderen Grundsätze der Fideicommisse, und in Betreff der Wirkungen das ius legatorum gelten. Die Compilatoren lassen schon den Ulpian[5]) sagen: „per omnia exaequata sunt legata fideicommissis“, was Ulpian aber nur in Bezug auf das[6]) interdictum Quod legatorum gesagt hatte[7]).

19) L. 10. de iure cod. XXIX. 7; §. 2. Inst. de codic. II. 25; l. 2. Cod. eod. VI. 36. — 20) L. 77. de her. inst. XXVIII. 5; l. 10. pr. de cond. inst. XXVIII. 7. — 21) L. 2. §. 4. de iure cod.; l. 76. ad S. C. Trebell. III. 61. — 22) L. 4. Cod. de his quib. ut ind. VI. 35. — 23) Vgl. §. 279. nr. III.

§. 278. 1) Cod. VI. 43. Communia de legatis et fideicommissis. — 2) S. o. §. 123. nr. I. S. 258. — 3) L. 1. Cod. h. t. VI. 43. (a. 529). — 4) L. 2. Cod. h. t. VI. 43. — 5) L. 1. de legat. I. — 6) In seinem lib. 67 ad Edictum behandelte. — 7) Cf. l. 1. Dig. Quod. legat. XLIII. 3. Vgl. §. 281. nr. III. 5. S. 751.

§. 279. Die Voraussetzungen und die Errichtung der Vermächtnisse [1]).

I. Es muss die das Vermächtniss enthaltende Willensordnung (Testament oder Codicill) gültig sein, und sowohl der *Testator*, wie der *Onerirte*, und der *Honorirte* die testamenti factio, der letztere auch die Capacität (bei Fideicommissen erst seit dem S. C. Pegasianum unter Vespasian) haben. Von den juristischen Personen erlangten die Städte durch ein *S. C. Apronianum* die Fähigkeit ein Universalfideicommiss [2]) zugewandt zu erhalten, und durch ein S. C. unter Marc Aurelius erhielten überhaupt alle erlaubten Collegien, wenn ihnen auch die Erbfähigkeit nicht besonders ertheilt war, die Vermächtnissfähigkeit [3]). Es kann auch, anders wie bei Erbeinsetzungen [4]), mit einem Vermächtniss sogar schon ein postumus bedacht werden, der noch nicht in rebus humanis ist, wenn der Erblasser stirbt; es kann auf Generationen hinaus ein Vermächtniss angeordnet werden.

II. Der *Onerirte* kann nicht bloss der directe (Testaments- oder Intestat-) Erbe, sondern Jeder sein, der durch den Willen des Erblassers mittelbar oder unmittelbar etwas aus dem Nachlasse erhält, also auch der Vermächtnissnehmer bis zum Belaufe des aus der Erbschaft Empfangenen, der Fiscus soweit ihm die bona vacantia zufallen, der mortis causa Beschenkte, der welcher condicionis implendae causa etwas erhält [5]), die Erben der Erben, die Erben der Vermächtnissnehmer, der Vater, insofern er durch das dem Hauskinde Hinterlassene einen Gewinn hat, und auch der Pupillarsubstitut oder Intestaterbe des nicht enterbten unmündigen Kindes, insoweit er durch die Erbschaft des Kindes mittelbar oder unmittelbar etwas aus dem Nachlasse des Vaters erhält. Wenn die Person des Onerirten im Testamente nicht bezeichnet ist, so gelten sämmtliche directe Erben pro portionibus hereditariis als onerirt [6]).

III. Gegenstand eines Vermächtnisses kann im Allgemeinen jede, eigene wie fremde, körperliche wie unkörperliche Sache sein; nur muss die Leistung möglich rechtlich zulässig und hinreichend bestimmt sein [7]). Ungültig ist aber das Vermächtniss einer res extra commercium omnium, und regelmässig auch das einer im Nachlass befindlichen Sache, deren commercium dem Honorirten fehlt.

§. 279. 1) Vgl. Vering, Erbr. S. 673 ff.; Windscheid III. §. 624 ff. — 2) S. u. §. 285. — 3) L. 20. de reb. dub. XXXIV. 5; l. 23. de ann. leg. XXXIII. 1; l. 38. §. 6. de legat. III.; l. 117. de legat. I.; cf. l. 26. 27. ad S. C. Trebell. XXXVI. 1. Vgl. auch §. 257. nr. II. c. Note 38. — 4) Vgl. o. §. 257. S. 683. — 5) S. u. §. 287. — 6) S. auch §. 279. nr. VII. — 7) Vgl. das Detail u. §. 283; Vering, Erbr. S. 688 ff.

Es schadet aber nichts, wenn der vermachte Gegenstand bloss extra commercium des Belasteten ist, indem dieser dann doch aus dem Nachlasse die Sache selbst, oder wenn dieselbe eine fremde ist, den Werth dersleben leisten muss. Und ebenso kann der Honorirte den Werth der ihm legirten fremden Sache fordern, wenn er zugleich selbst kein commercium an derselben hat, oder ihm nur wegen thatsächlicher Hindernisse der Erwerb derselben unmöglich ist.

IV. Auch bei Vermächtnissen soll als Anfangstermin für die Beurtheilung seiner Gültigkeit nicht erst der Tod des Erblassers gelten, sondern die Errichtung des Vermächtnisses. Dieses sprach die *regula Catoniana* (von Marcus Porcius Cato dem Jüngeren † 184 v. Chr.)[8]) ausdrücklich aus: *Quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocunque decesserit, non valere.* Es ist dieses bloss eine Anwendung des allgemeinen Satzes: quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit. Die regula Caton. bezieht sich nur auf solche legata, deren Delation beim Tode des Testators erfolgt. Bei bedingten Legaten wird daher nicht der Augenblick der Errichtung, sondern der Augenblick der Erfüllung der Bedingung als Anfangspunkt des Vermächtnisses angesehen[9]). Die Regel bezieht sich auch nicht auf den Mangel der Fähigkeit des Testators oder das des Legatars oder der Verkehrsfähigkeit der Sache, wegen dessen auch bedingte Legate schlechthin ungültig sind. Bei Fideicommissen galt der Satz erst, seitdem die codicilli aufhörten, formlos zu sein.

V. Vermächtnisse können nach justinian. R. mit gleicher Wirkung in einem Testamente oder in codicilli[10]) hinterlassen werden. Codicilli waren anfangs ganz formlos. Constantin[11]) forderte zur Gültigkeit der Intestatcodicilli septem vel quinque testium interventum. Theodos II.[12]) verlangte für alle (schriftlichen oder mündlichen) codicilli die Zuziehung von 5 Zeugen, die die Fähigkeit von Testamentszeugen haben müssen, aber nicht rogati zu sein brauchen, sondern auch fortuito sich zusammen finden können. Theodos verlangte auch alle Testamentsförmlichkeiten mit Ausnahme der Besiegelung des schriftlichen Codicills. Namentlich ist unitas loci et actus nothwendig[13]). Wenn die codicilli mündlich oder durch Zeichen errichtet werden, muss ihr Inhalt den Zeugen

8) S. o. §. 27. S. 145.; L. 1. Dig. de Regula Catoniana XXXIV. 7; §. 32. Inst. de legat. II. 20; Vering, Erbr. S. 715 ff.; Windscheid §. 638; Arndts §. 550. und Ges. civ. Schr. Bd. 2. S. 485 ff.

9) L. 3. 4. Dig. h. t. XXXIV. 7; l. 41. §. 2. i. f. Dig. de legat. I. (30): Ad legata conditionalia regula Catoniana non pertinet. — 10) S. o. §. 277. 11) L. 1. Th. Cod. h. t. IV. 4. — 12) L. 8. §. 3. Cod. de codic. VI. 36. — 13) L. 8. §. 3. Cod. de codic. VI. 36; l. 28. i. f. Cod. de testam. VI. 23.

in verständlicher Sprache oder durch deutliche Zeichen kundgegeben werden. Die ordentlichen oder ausserordentlichen Formen, in welchen Testamente errichtet werden können, dürfen natürlich um so mehr auch für blosse codicilli angewandt werden. Für codicilli Blinder ist sogar dieselbe Form erforderlich, wie für deren Testamente[14]). Wie ein Testament muss übrigens der Erblasser auch die codicilli immer in eigener Person errichten.

VI. Ein Testament kann vorsorglich mit der Codicillarclausel versehen werden, d. h. mit dem Zusatz, dass wenn das Testament als solches ungültig sein sollte, (z. B. etwa wegen nicht gehöriger Berücksichtigung der Notherben) es dann als Codicill gelten solle, so dass nun die Intestaterben eintreten und aus den Testamentserben Universalvermächtnissnehmer werden. Die Eingesetzten müssen sich aber sogleich erklären, ob sie den letzten Willen als Testament oder als Intestat-Codicill behandeln wollten. Nur agnatische Descendenten und Ascendenten bis zum vierten Grade und cognatische Descendenten und Ascendenten bis zum dritten Grade können es zuerst mit dem Testamente versuchen, und wenn sie damit nicht durchdringen, auf die Codicilli zurückgreifen[15]).

VII. Justinian wollte den Augustus, der die codicilli rechtskräftig machte, noch an Liberalität übertreffen. Er bestimmte[16]), es könne ganz formlos und zwar sowohl mündlich, wie schriftlich ein Legat durch den directen Auftrag des Erblassers an den Onerirten angeordnet werden. Es kann dann der Honorirte dem Onerirten einen Eid zuschieben, und schwört der Letztere nicht das Legat ab, so muss er es leisten; jedoch kann er zuerst, wenn ihm der Eid zugeschoben wird, von dem Honorirten den Calumnieneid fordern. Nicht richtig nennt man dieses oft *Oralfideicommiss* oder † fideic. heredi vel legatario praesenti iniunctum, als ob es bloss mündlich angeordnet werden könnte.

§. 280. Von dem Erwerbe der Vermächtnisse[1]).

I. Erworben ist das Vermächtniss in der Regel im Momente des Todes des Erblassers (*dies legati vel fideicommissi cedit).* Gel-

14) L. 8. Cod. qui test. fac. poss. VI. 22; Not.-Ordn. v. 1512 Tit. II. §. 9—11. — 15) L. 88. §. 17. de legat. II.; l. 77. §. 23. eod.; l. 29. qui test. fac. poss. XXVIII. 1; l. 41. §. 3. de vulg. et pup. subst. XXVIII. 6; l. 8. pr. §. 1. 2. h. t. VI. 36; Vering, Erbr. S. 704 ff. — 16) L. ult. Cod. de fideic. VI. 42; §. 12. Inst. de fideic. hered. II. 23; Vering, Erbr. S. 709; Windscheid III. §. 629.

§. 280. 1) Ulp. XXXIV. 30. 31. 33; Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat: Dig. XXXVI. 2; Cod. VI. 53. [52]. — Cod. VI. 51. [50).

tend gemacht kann es werden, wenn der Onerirte erworben hat *(dies legati vel fideicommissi venit)*. Der Erwerb geschieht ipso iure, es sei denn, dass die Bedingung *si volet* beigefügt wäre, jedoch kann nach dem dies veniens ein Repuls stattfinden[2]; eine bloss theilweise Ablehnung gilt aber als Annahme des ganzen Legats[3]. Die Erben eines Vermächtnissnehmers, der sich noch nicht erklärt hatte, könne aber das Vermächtniss spalten und jeder für sich annehmen oder ausschlagen[4]. Wenn ein Legat unter einem *dies certus* hinterlassen ist, so wird bis zu dessen Eintritt zwar nicht der dies legati cedens, wohl aber der dies veniens hinausgeschoben[5]. Wenn noch eine Bedingung oder ein dies incertus schwebt, so wird bis zu deren Erfüllung der dies cedens hinausgeschoben, und wenn das Legat auf die Erben des Legatars nicht übergehen soll oder es dieses seiner höchst persönlichen Natur nach nicht kann, wie die legirte Personalservitut oder die libertas legata, so tritt der dies cedens erst im Augenblick des Antrittes der Erbschaft, also zugleich mit dem dies veniens ein. Wenn das Legat in wiederkehrenden bestimmten Zeiträumen geleistet werden soll, z. B. ein Rentenlegat[6], Alimentenlegat[7], so cedirt der dies für die erste Leistung nach der Regel, für die folgenden Leistungen aber erst je mit dem Termin derselben.

II. Wenn ein Legatar wegfällt[8], so fällt das Legat zunächst an den Substituten[9], sodann vermöge Accrescenz an den etwaigen *collegatarius coniunctus*, und in Ermangelung eines solchen verbleibt es dem Onerirten.

Man hat das Accrescenzrecht unter Vermächtnissnehmern dem unter Miterben bestehenden nachgebildet, so dass es beim Soldatennachlass auch hier nicht von selbst eintritt. Vor Justinian galt das Anwachsungsrecht übrigens nur beim Vindicationslegat[10] und beim Präceptionslegat, und auch da trat nach der lex Iulia et Papia Poppaea noch häufig die caducorum vindicatio[11] ein. Justinian gestattete aber, als er Legate und Fideicommisse ausglich und die Caducität beseitigte, überhaupt das Anwachsungsrecht bei allen Vermächtnissen[12].

De caducis tollendis; Dig. VII. 3. Quando dies ususfr. legati cedat. — Dig. XXXVI. 3. Ut legatorum seu fideicommissor. servand. c. caveatur; Cod. eod. VI. 54; Dig. XXXVI. 4. Ut in possessionem legator. vel fideicomm. c. esse liceat; Cod. cit. VI. 54; Cod. III. 17. Ubi fideicommissum peti opporteat; vgl. Vering, Erbr. S. 724 ff; Windscheid III. §. 642 ff.

2) S. o. §. 140. nr. V. 2. S. 311; Unger §. 57. Note 1. 2. — 3) L. 38. pr. de legat. I.; l. 2. 4. 6. 58. de legat. II. — 4) L. 38. cit. — 5) Vgl. o. §. 87. S. 177. — 6) Dig. XXXIII. 1. de annuis legatis et fideic. — 7) Dig. XXXIV. 1. de alimentis vel cibariis legatis. — 8) Vgl. unten §. 282. — 9) S. u. §. 284. — 10) S. o. §. 276. S. 739. — 11) S. o. §. 258. nr. I. S. 686. — 12) L. un. Cod. de cad. toll. VI. 51. a. 534; vgl. Vering, Erbr. S. 728 ff.; Unger §. 63. Note 3—5.

Unter *collegatarii*, die bloss *re coniuncti* sunt, d. h. in verschiedenen Sätzen, aber mit demselben Gegenstande zusammen bedacht sind, findet beim Wegfall des Einen eine Accrescenz für den Anderen statt, aber *sine onere*, d. h. ohne dass die etwaigen Belastungen des wegfallenden Honorirten übergehen. *Collegatarii re et verbis coniuncti*, d. h. die mit demselben Gegenstande und in demselben Satze zusammen bedacht wurden, sind schon in der Anordnung selbst Jeder nur auf einen Theil bedacht (semper partes habent) und hatten auch im alten Rechte kein Anwachsungsrecht, bis Justinian bestimmte, es solle ein solcher Collegatar sich entscheiden, ob er den freigewordenen Theil ablehnen oder mit seinen Lasten übernehmen wolle, und zwar schloss er letzten Falls die collegatarii re tantummodo coniuncti aus. Unter collegatarii, die bloss verbis coniuncti, d. h. in demselben Satze, aber nicht mit demselben Gegenstande zusammen bedacht sind, findet keine Anwachsung statt, ausser wenn dieses der erweisliche Wille des Erblassers wäre[13]).

III. Beim *legatum usus fructus* tritt die Accrescenz[14]) nicht nur ein, wenn ein Collegatar ante diem cedentem wegfällt, sondern auch, wenn derselbe das Legat bereits erworben und erst nachher den ususfructus wieder verloren hat; denn *ususfructus quotidie constituitur et legatur*, d. h. das uti und frui kann nicht auf einmal, sondern nur in einzelnen der Zeit nach aufeinander folgenden Handlungen vorgenommen werden, so dass daher beim Wegfall eines Collegatars noch immer der von ihm noch nicht erworbene Theil des ususfructus, das noch zukünftige uti und frui, den anderen Collegataren zufallen muss. Ferner wächst der ususfructns auch den Collegataren an, welche ihren Antheil des legirten Niessbrauchs bereits wieder verloren haben, *quia ususfructus non portioni, sed homini accrescit*[15]), d. h. weil mit dem Niessbrauch keineswegs auch das Legatenrecht selbst verloren wird, so muss wegen der Fortdauer dieses letzteren auch das Anwachsungsrecht begründet bleiben.

IV. Eigenthümlich ist das Anwachsungsrecht beim Prälegat[16]).

13) L. 41. pr. de legat. II.; Unger §. 63. — 14) Fragm. Vat. 75—88; Paul. R. S. III. 6. §. 26; Dig. VII. 2. De ususfr. accresc.; Vering, Erbr. S. 729 ff.

15) L. 14. §. 1. de except. rei iud. XLIV, 2. Vgl. auch l. 33. §. 1. de usufr. VII. 1; l. 10. de usufr. accr. VII. 2. und über diese schwierige Stelle Windscheid III. §. 645. Note 4; Ders., Die Actio etc. (1856.) S. 98 ff.; s. auch Pegert, Erklärung der Lex. 12. Cod. de usufructu III. 33. Pasewalk 1859.

16) Gai. II. 216—23; Ulp. XXIV. 2. 611; §. 2. Inst. de legat. II. 2; Buchholtz, Die Lehre von den Prälegaten. Jena 1850 (sehr eingehend und speciell); Kretzschmar, Die Natur des Prälegats nach röm. Recht. Leipzig 1874; Vangerow II. §. 523; Vering, Erbr. S. 682 ff.; Arndts Forts. von Glücks Erläut. Bd. 47. Erlangen 1871; Ges. civ. Schr. Bd. 2. S. 554 ff.

Im weiteren Sinne ist dieses jedes einem Miterben hinterlassene Vermächtniss, welches nur die Eigenthümlichkeit hat, dass es auch im iudicium fam. herc. geltend gemacht werden kann; im engeren Sinne ist es das einem Erben hinterlassene Vermächtniss, wobei kein specieller Onerirter angegeben ist. Der Theil des Prälegats, den dann der Prälegatar seinem Erbtheile entsprechend an sich selbst auszahlen müsste, ist als Legat ungültig (heredi a semet ipso inutiliter legatur)[17], und er behält ihn titulo universali als Erbe. Wenn derselbe als Prälegatar aber Collegatare hat, für welche ein Anwachsungsrecht begründet ist, so wächst jener ungültige Theil des Prälegates (der also desto grösser ist, je grösser der Erbtheil des Prälegatars ist) seinen Collegataren an. Erwirbt aber der Prälegatar die hereditas nicht, oder abstinirt er sich als suus heres, oder lässt er sich als extraneus heres gegen den Erbschaftsantritt in integrum restituiren, so müssen ihm die anderen heredes das volle Prälegat auszahlen.

V. Wenn die Entrichtung des Vermächtnisses einen Aufschub erleidet, (z. B. wegen schwebender Bedingungen), so kann der Vermächtnissnehmer von dem Onerirten (nur nicht vom Fiscus, und Kinder nicht von ihren Eltern)[18]) eine *cautio legatorum servandorum* causa fordern, es sei denn, dass diese, wie es nach einem Rescript von Divus Pius geschehen kann, vom Testator erlassen wird[19]). Wenn aber sonst die Caution nicht gewährt wird, so kann der Honorirte eine Einweisung in die Erbportion des Onerirten verlangen. — Ueber die Erfüllung der negativen Potestativbedingung durch *cautio Muciana* wurde schon gehandelt[20]).

VI. Zögert der Onerirte noch 6 Monate mit der Leistung des bereits fälligen Vermächtnisses, nachdem er bei dem zuständigen Richter belangt worden, so darf sich nach einem Rescript Antonin's der Legatar in omnia bona desselben einweisen lassen und sich aus den Früchten befriedigen (*missio in bona † Antoniniana*[21])).

§. 281. Gesetzliche Beschränkungen der Vermächtnisse[1]).

I. Nach einer *lex Furia* (einem Plebiscitum vom Jahr 571 d. St.) sollte kein Legatar (ausser ein Verwandter bis zum 6. Grade

17) L. 18. l. 34. §. 11. l. 116. §. 1. de legat. I. l. 34. §. 1. de legat. II. l. 18. §. 2. de his quae ut ind. XXXIV. 9; R. Voss, De regula „heredi a semet ipso inutiliter legatur." Diss. inaug. Berol. 1873. Vgl. Lassalle a. a. O. S. 190.

18) Vgl. o. §. 232. S. 599. — 19) L. 1. §. 18.; l. 7. D. h. t. XXXVI. 3; l. 47. §. 2; l. 69. §. 5. D. de legat. I.; Kniep, De cautione et missione legat. seu fideicomm. servand. causa. Rostock 1872. — 20) S. o. §. 267. nr. III. S. 716. — 21) L. 5. §. 16. Dig h. t. XXXVI. 4; Kniep l. c.

§. 281. 1) Gai. II. 224—28; Ulp. XXVIII. 7. XXIV. 32. 20. XXV. 14; Vat. fragm. §. 301; Ad legem Falcidiam: Paul. S. R. III. 8; Inst. II. 22; Dig.

und aus dem 7. Grade noch der *sobrino sobrinave natus*) über 1000 Asses als Legat annehmen, sonst konnte durch manus iniectio pura das quadruplum des Mehrangenommenen von ihm zurückgefordert werden[2]).

II. Die *lex Voconia* (ein Plebiscit des Quintus Voconius Saxa vom J. 585 d. St.) erlaubte jedoch, dass ein classicus (d. h. auf 100,000 Asses Censirter) so viel an legata hinterlassen dürfe, als den Erben oder den mehreren Erben zusammen genommen verbliebe[3]). Für Fideicommisse galt jedoch die Beschränkung der lex Voconia nicht. Es konnte also auch einer Frau durch Universalfideicommiss von Seiten des classicus die Erbschaft zugewendet werden[4]). Durch Umgehung des Census konnte auch diese lex umgangen werden, und mit Verfall des Census musste auch ihre Anwendung aufhören. Vollständig aufgehoben wurde die lex Voconia durch das erste Capitel der lex Falcidia, und durch das zweite Kapitel derselben die lex Furia.

III. 1. Die *lex Falcidia*, ein Plebiscit des P. Falcidius, erging, um die Ausschlagung überschwerter Erbschaften zu hindern, als im J. 714 d. St. eine Steuer auf testamentarische Erbschaften gelegt wurde. Sie bestimmte im 2. Capitel, der Testamentserbe solle den vierten Theil seiner Erbportion nach dem Werthe zur Todeszeit des Erblassers von Legaten frei behalten, oder sonst von den legata † pro rata soviel abziehen dürfen, dass dieses der Fall sei. Das S. C. Pegasianum (v. J. 75 n. Chr.) dehnte den Abzug dieser Quarta auch auf Fideicommisse aus, womit ein Testamentserbe beschwert war, und Divus Pius gab dieses Recht auch den mit Fideicommissen überschwerten Intestaterben.

2. Jeder Abzug der † Quarta Falcidia fällt aber weg im Soldatentestamente, ferner wenn kein Inventar errichtet ist, wenn der Erbe den Legataren dolose ihr Recht zu verkürzen suchte, oder soweit der Erbe auf die Quarta verzichtete, (überhaupt berechtigte Entrichtung des Legats ohne Abzug der Quart den Erben nicht zur condictio), und es muss in diesen Fällen der Ausfall von dem Erben selbst getragen werden.

3. Auch cessirte nach einem S. C. die lex Falcidia zu Gunsten der Freiheit; auch von gewissen einzelnen anderen Vermächtnissen

XXXV. 2. 3. Cod. VI. 50. (49.); Nov. 1. Vgl. Vering, Erbr. S. 745 ff.; Böcking, Röm. Privatr. 2. Aufl. S. 285 ff.; Unger §. 66.; Vangerow II. §. 533 ff.; Windscheid III. §. 650 ff.; Lassalle a. a. O. S. 72—103.

2) Vgl. Gai. IV. 23; pr. Inst. II. 22. — 3) Vgl. Bachofen, Die lex Voconia. Basel 1843; Vangerow, Die lex Voconia. Heidelberg 1863. — 4) Vgl. o. §. 251. nr. III. S. 664 §. 257. S. 682.

wie vom debitum legatum, von legirten Alimenten oder Pflichttheil, von instrumenta praediorum domino relicta (h. h. dem Vermächtniss der auf das Gut sich beziehendeu Urkunden), und auch vom legatum ad pias causas[5]) darf die Quart nicht abgezogen werden; es werden hier diese einzelnen Vermächtnisse wie eine Erbschaftsschuld von der Gesammtmasse vorweg abgezogen und wird nur von dem Uebrigbleibenden den anderen Vermächtnissnehmern die Quart abgezogen.

4. Wenn der Testator bei einzelnen Vermächtnissen den Abzug der Quarta verbot, was seit Justinian gestattet war, so ist der heres berechtigt, den übrigen Vermächtnissnehmern um so viel mehr abzuziehen.

5. Setzt sich der Legatar in den Besitz der ihm vermachten Gegenstände, ohne dass der Erbe seine *Quarta Falcidia* von Vermächtnissen frei hat, so kann der Erbe das *interd. Quod legatorum* auf Rückgabe jener Gegenstände anstellen, um noch die Quarta abzuziehen, muss aber auf Verlangen Caution leisten, dass er nach Abzug der Quarta die Sache wieder zurückgeben werde[6]).

6. In seine Quarta muss der Erbe alles einrechnen, was er als Erbe bekommt oder behält, sowie was er schon früher oder in dem letzten Willen von dem Erblasser mit der Bestimmung, dass er es in die Quarta einrechne, erhielt; er braucht jedoch nicht auch dasjenige einzurechnen, was er als Vermächtniss erhält, oder was er von Andern zur Erfüllung einer Bedingung ausser seinem Erbtheil bekommt.

7. Wer zu seinem Erbtheil auch noch den von seinem Miterben erworbenen Erbtheil hinzubekommt, z. B. als Erbe desselben oder durch Arrogation desselben, zieht für jeden dieser Erbtheile die Quarta besonders ab. Jedoch wenn ein Erbe vermöge Anwachsungsrechtes mehrere Erbtheile erhält, so berechnet er zwar von jedem Erbtheil die Quarta besonders, aber was er durch den anwachsenden Erbtheil mehr als dessen Viertheil gewinnt, muss er in die Quarta seines ursprünglichen Erbtheils einrechnen. Ebenso muss der mit seinem in der potestas befindlichen Kinde zusammen eingesetzte Vater in seine Quarta einrechnen, was er durch die Erbeinsetzung des Kindes zu Eigenthum oder Niessbrauch mehr gewinnt. Wenn aber dieselbe Person durch mehrfache Einsetzung zu mehreren Erbtheilen berufen ist, z. B. zu einem Erbtheil unbedingt, zum anderen bedingt, etwa als Substitutus, so wird die Quarta von den

5) Vgl. über dieses auch oben §. 131. nr. I. 1; §. 185. nr. I. 2. — 6) Dig. Quod legatorum XLIII. 3; Cod. Quorum legatorum VIII. 3.

mehreren Erbtheilen, wie von einem Erbtheil berechnet[7]). Für den Pupillarsubstituten, soweit dieser gültig mit Vermächtnissen belastet werden kann[8]), wird die Quarta nach dem Bestande der väterlichen Erbschaft zur Todeszeit des Vaters berechnet[9]).

8. Das canonische Recht gestattete den Pflichttheilsberechtigten ausser dem Pflichttheil (als der schon iure naturae debita portio) obendrein noch die Quarta abzuziehen[10]).

§. 282. Der Wegfall der Vermächtnisse[1]).

Der Wegfall des Vermächtnisses tritt ein durch Ungültigwerden des letzten Willens, Wegfall des Honorirten, formlosen, auch durch concludente Handlungen möglichen Widerruf von Seiten des Testators, mit welcher *ademptio legati* zugleich die Anordnung eines anderen Legats, natürlich in der dafür nöthigen Form, und zwar durch Aenderung des Onerirten oder des Honorirten (translatio legati) oder des Gegenstandes oder der Nebenbestimmungen, verbunden sein kann[2]). Ein Legat fällt auch weg durch Unmöglichkeit der Erfüllung, Nichterfüllung einer Suspensiv-Bedingung, Eintritt einer Resolutiv-Bedingung oder eines dies ad quem, † concursus duarum causarum lucrativarum, durch Ausschlagung des Vermächtnisses post diem venientem, durch Ereption wegen Indignität[3]) und durch in integrum restitutio gegen den Erwerb.

§. 283. Von dem Gegenstande der Vermächtnisse im Einzelnen[1]).

I. Wir finden in den römischen Rechtsquellen eine Reihe von Titeln über besondere Vermächtnissgegenstände, die nach röm. Sprachgebrauche unter gewissen Bezeichnungen verstanden wurden[2]),

7) §. 1. Inst. h. t.; l. 77. 78. h. t.; l. 1. §. 13. 14. 15.; l. 1. §. 7.; l. 21. §. 1.; l. 25. §. 1.; l. 87. §. 3. 4. 5. 8. i. f. eod. — 8) S. o. §. 261. S. 693. — 9) Vgl. das Detail bei Vering, Erbr. S. 749 ff.; Vangerow §. 536; Arndts, Pand. §. 564 ff. — 10) Caput Raynutius und c. Raynaldus = c. 16. 18. x. de testam. III. 26. Cf. auch c. 15. eod.

§. 282. 1) De ademptione et translatione legati: Ulp. XXVI. 29. Inst. II. 21. Dig. XXXIV. 4. (cf. XXIX. 4. XXXVII. 5.); Cod. VI. 39; vgl. Vering, Erbr. S. 712 ff.; Vangerow II. §. 539. 541 ff; Windscheid III. §. 639 ff.

2) Vgl. Paul. l. 6. pr. D. h. t. XXXIII. 4. — 3) S. o. §. 258. nr. II.

§. 283. 1) Vgl. Vering, Erbr. S. 760 ff.; Unger §. 67 ff.; Vangerow II. §. 549.; Windscheid III. §. 654 ff.; Arndts, Ges. civ. Schr. Bd. 2. S. 644 ff.

2) Vgl. Vering, Erbr. S. 688, Note 1. S. 760. Von diesen Titeln ist der schwierige tit. Dig. XXXIV. 2. insbesondere auch für die römische Kunstgeschichte von grosser Bedeutung. Die nothwendigen kunstgeschichtlichen Erläuterungen von kundiger Hand enthält die Uebersetzung des corp. iur. civ. von Sintenis u. A. Bd. 3. Leipzig 1831. S. 519 ff.

welcher Sprachgebrauch jedoch nicht ohne Weiteres für unsere heutige Ausdrucksweise passt, so dass jetzt der Inhalt des Vermächtnisses immer aus den Umständen und der Anordnung des einzelnen Falles zu bestimmen ist.

II. Durch Vermächtnisse kann Eigenthum und kann ein dingliches Recht jeder Art begründet werden, und zwar tritt dieses unmittelbar ein, wenn es an einer *species propria testatoris* bestehen soll. Gehört die Sache dem Onerirten oder einem Dritten (natürlich unter der Voraussetzung, dass der Testator das Object des Legats als eine fremde Sache kannte, denn andernfalls wäre das Legat ungültig), so entsteht nur eine Forderung des Legatars gegen den Belasteten (quasi ex contractu)[3]) auf Gewährung der Sache oder Bestellung des Rechtes; jedoch wenn dieses dem Belasteten gar nicht oder nur gegen einen unverhältnissmässigen Preis möglich wäre, darf er sich durch Leistung des vollen Werthes der Sache (aestimatio rei) liberiren[4]).

Ein legatum einer species propria des Honorirten ist ungültig, es sei denn, dass der Wille des Erblassers erhellt, wornach der Werth des Objects geleistet werden soll, oder dass bereits ein Grund des späteren Verlustes der Sache für den Honorirten existirte, oder dass dingliche Rechte Anderer daran beständen, indem dann diese von dem Belasteten abgelöst werden sollen.

III. 1. Wenn eine res nec fungibilis ohne individuelle Bezeichnung den Gegenstand des Legates bildet (*legatum generis*, Gattungsvermächtniss), so ist das Legat in der Regel nur gültig, wenn sich Sachen dieses genus in der Erbschaft vorfinden, indem andernfalls das Vermächtniss gewöhnlich wegen Mangels der erforderlichen Bestimmtheit der Leistung ungültig sein wird[5]). Wenn der Testator nichts Anderes bestimmt hat, so steht dem Legatar das Wahlrecht unter den vorhandenen mehreren Gegenständen des betreffenden genus zu, er darf sich aber nicht gerade die beste species auswählen[6]), der Onerirte nicht die schlechteste geben[7]).

2. Verschieden vom vorigen Falle ist der, wo der Testator eine bestimmte species im Sinne hatte, aber dieselbe nur unbestimmt ihrer Gattung nach bezeichnete. Es gilt dann diejenige

3) Vgl. o. §. 207. S. 509; vgl. Vangerow II. §. 554. — 4) L. 71. §. 3. Dig. de legat. I. (30.).

5) Jedoch ist dieses quaestio facti. Es würde z. B. ein einem Offizier vermachtes „diensttüchtiges Reitpferd", ein einem Landmann vermachter „guter Zugochse", ein in bestimmter Stadtgegend einem Beamten vermachtes „anständiges Wohnhaus" nicht als ungültiges Legat anzusehen sein. Vgl. Arndts in Weiske's, Rechtslex. Bd. 6. S. 334 ff., Ges. civ. Schr. Bd. 2. S. 474 ff.

6) §. 22. Inst. de legat. II. 20.; l. 37. pr. Dig. de legat. I. — 7) L. 110. Dig. de legat. I. Vgl. auch Vangerow II. §. 549.

Sache aus dem genus als legirt, welche den minderen Werth hat[8]).

3. Wenn dem Vermächtnissnehmer ausdrücklich von dem Testator das Wahlrecht eingeräumt ist *(legatum optionis s. electionis)*[9]), so galt dieses vor Justinian als ein bedingtes Vermächtniss, wobei der dies cedens erst mit der wirklich getroffenen Wahl eintrat. Justinian hob letzteres auf, und seitdem besteht in diesem Falle nur noch die Eigenthümlichkeit, dass der Legatar in einem solchen Falle sich sogar auch die beste species wählen darf[10]).

4. Der Erblasser kann übrigens auch dem belasteten Erben die Wahl frei stellen, und dieser darf dann nicht gerade das Schlechteste leisten[11]).

5. Endlich kann der Erblasser das Wahlrecht auch einem Dritten überlassen, in welchem Falle dieser weder das Beste noch das Schlechteste auswählen darf. Und wenn der Dritte stirbt oder innerhalb eines Jahres nicht wählt, so geht das Wahlrecht auf den Legatar über, der dann aber auch nicht das Beste auswählen darf.

6. Die einmal gehörig vorgenommene Wahl kann, einerlei, wem sie zustand, nicht mehr abgeändert werden[12]).

7. Wenn bei dem legatum generis über die Zahl der vermachten Gegenstände nichts bestimmt ist, so kann der Legatar nach einem Rescript von Divus Pius 3 Stücke auswählen[13]).

IV. Viele Aehnlichkeit mit dem legatum generis hat ein Vermächtniss, welches wahlweise auf verschiedene Gegenstände oder Leistungen gerichtet ist *(legatum alternativum)*. Es hat hier ebenfalls (nach klass. Rechte nur im Falle des legatum per vindicationem, nach justinianischem Rechte aber immer) im Zweifel der Legatar das Wahlrecht, wenn es sich um Sachen oder Rechte aus der Erbschaft handelt; dagegen bei Leistungen, die nicht aus der Erbschaft selbst zu machen sind, hat im Zweifel der Verpflichtete die Wahl. Auch hier ist die einmal getroffene Wahl unabänderlich. Wenn vor der Wahl ein Gegenstand untergeht, so kann der Legatar immer die andere ihm alternativ vermachte Sache fordern, nicht aber auch, wenn nach der Wahl das gewählte Object casuell untergeht[14]).

V. 1. Wenn eine *Quantität* oder eine bestimmte Summe vertretbarer Sachen vermacht ist, so kommt es nicht darauf an, ob sich

8) L. 39. §. 6. Dig. de legat. I.; l. 32. §. 1. l. 37. §. 1. eod. — 9) Dig. XXXIII. 5. — 10) L. 2. pr. Dig. h. t. XXXIII. 5. — 11) L. 37. pr. l. 110. Dig. de leg. I. — 12) L. 11. §. 1. Dig. de legat. II.; l. 25. §. 17. Dig. fam. herc. X. 2; l. 37. pr. Dig. de legat. I.; l. 3. §. 1. Cod. comm. de legat. VI. 43. — 13) L. 1. Dig. h. t. XXXIII. 5. — 14) Ulp. XXIV.; Gai. II. 193; l. 34. §. 14. Dig. de legat. I.; l. 23. Dig. e legat. II.; §. 2. Inst. de legat. II. 20; l. 108. §. 2. Dig. de leg. I.; l. 1. Cod. de comm. de legat. VI. 43.

derartige Sachen in der Erbschaft vorfinden, es sei denn, dass der Erblasser eine besondere Beschränkung in dieser Beziehung gemacht hätte. Die Wahl der Qualität steht dem Belasteten zu[15]).

2. Wenn aber *vertretbare Sachen ohne Bestimmung der Quantität*, (z. B. baares Geld ohne Bezeichnung der Summe) vermacht worden sind, so soll nach der Entscheidung der römischen Juristen Alles das als hinterlassen angesehen werden, was sich von den Sachen der betreffenden Art in der Erbschaft vorfindet[16]).

VI. Wenn eine Gesammtheit von Sachen, z. B. eine Heerde, eine Bibliothek und dgl., oder wenn ein Inbegriff von Vermögensrechten, z. B. ein peculium vermacht ist, so kann der Vermächtnissnehmer, wenn sich nicht ein anderer Wille des Testators zu erkennen gibt, alle diejenigen, aber auch nur diejenigen Sachen verlangen, welche zur Todeszeit des Erblassers von jener *universitas legata* noch vorhanden sind[17]).

VII. Forderungen können in dreifach verschiedener Weise den Gegenstand eines Vermächtnisses bilden[17a]):

1. als *nomen legatum*[18]), d. h. der Erblasser vermacht Jemanden das, was er von einem Andern zu fordern hat, in welchem Falle der Erbe bloss zur Cession der Forderung verpflichtet, oder nach späterem Rechte dem Legatar auch ohne Cession eine *utilis actio* gegen den Schuldner des Erblassers gewährt ist. Wenn keine Forderung des Erblassers begründet war, so ist das Vermächtniss ungültig, selbst wenn die Summe der Forderung bestimmt war; der Erbe haftet also weder für Bonität, noch Verität der Forderung. Und es erlischt das Legat, wenn die Forderung getilgt ist, es sei denn, dass erst der Erbe gezahlt erhielt, oder dass zwar schon der Erblasser selbst das Capital einnahm, aber erweislich ohne die Absicht, das Legat zurückzunehmen, sondern nur um das Empfangene dem Legatar zu erhalten, was namentlich auch angenommen wird, wenn er die vom Schuldner aus freien Stücken gezahlte Summe aufbewahrte;

2. als *debitum legatum*[19]), d. h. der Erblasser vermacht seinem Gläubiger dasjenige, was er ihm schon ohnehin schuldet, oder aus Rücksicht für den Legatar *(contemplatione creditoris)* vermacht er

15) L. 3. 4. 5. Dig. de tritic. leg. XXXIII. 6. — 16) L. 51. Dig. de legat. I.; l. 1. 2. 3. §. 1. l. 6. 7. sqq. Dig. eod. — 17) Dig. XXXIII. 8. De peculio legato.; §. 18. 20. Inst. de legat. II. 20; l. 21. Dig. de legat. I.; l. 28. Dig. quando dies XXXVI. 2; cf. l. 7. Dig. de auro argento XXXIV. 2; l. ult. pr. eod. — 17a) Vgl. Unger §. 72; Vangerow II. §. 555; Windscheid III. §. 657 f. — 18) L. 18. Cod. de legat. VI. 37; §. 21. Inst. de leg. II. 20; l. 44. §. 6. l. 75. §. 1. 2. 4. l. 76. 82. §. 5. l. 105. Dig. de legat. I.; l. 34. pr. Dig. de legat. III. l. 22. §. 4. Dig. ad leg. Falc. XXXV. 2. — 19) §. 14. Inst. de legat. II. 20; l. 11. 13. 14. 28. §. 13.

diesem das, was ein Dritter demselben schuldet. Falls eine bestimmte Summe als Gegenstand des Legats angegeben ist, ist das *debitum legatum* gültig, wenn auch gar keine Forderung bestand. Zur Geltendmachung dieses Vermächtnisses hat der Legatar eine Klage und ein Pfandrecht an der Erbportion des Onerirten. Hatte er aber schon vorher zur Geltendmachung seiner Forderung eine Klage gegen den Onerirten und jenes Pfandrecht, so ist das Legat für ihn wirkungslos.

3. *Liberatio legata*[20]), d. h. der Erblasser vermacht Jemandem dasjenige, was derselbe ihm schuldet[20a]), oder vermacht aus Rücksicht für den Schuldner *(contemplatione debitoris)* diesem dasjenige, was derselbe dem Erben oder einem Dritten schuldet[20b]). Gegen den Erben hat der Legatar hier, wenn er Schuldner des Erblassers oder des Erben war, eine *exceptio*, wenn der Erbe die Forderung dennoch geltend machen will, und soll ihn der Erbe von seiner Schuldverbindlichkeit gegen einen Dritten liberiren, so hat er eine darauf gerichtete *actio ex testamento*. Eine *liberatio legata* ist ganz hinfällig, wenn gar kein Schuldverhältniss vorhanden ist, einerlei ob der Gegenstand der angeblichen Schuld bestimmt war oder nicht, es sei denn, dass der Erblasser erweislich den Willen hatte, dem Vermächtnissnehmer jedenfalls ein Vermächtniss von dem angegebenen Betrage zukommen zu lassen.

VIII. In derselben dreifach verschiedenen Weise kann eine *dos* den Gegenstand des Vermächtnisses bilden[21]). Es kann die Frau ihren Anspruch auf Rückgabe der dos durch Vermächtniss anderen Personen als ihren Erben zuwenden *(nomen legatum)*, und dasselbe kann der Besteller einer dos receptitia thun; es kann durch Vermächtniss eine dos bestellt oder die Leistung der dos bekräftigt werden *(debitum legatum)*, oder endlich die Verbindlichkeit der Restitution der dos erlassen werden *(liberatio legata)*.

§. 284. Die Substitution bei Vermächtnissen und das Familien-Fideicommiss[1]).

I. Eine Substitution kann bei Vermächtnissen in der Art wie

i. f. Dig. de liber. leg. XXXIV. 3; l. 1. §. 10. l. 57. 81. §. 1. Dig. ad leg. Falc. XXXV. 2; l. 28. 29. Dig. de legat. I.; l. 82. pr. l. 85. Dig. de legat. II.; S. 539 ff. Arndts, Ges. civ. Schr. Bd. 2.

20) Dig. XXXIV. 3. De liberatione legata; Arndts, Ges. civ. Schr. Bd. 2. S. 519 ff. — 20a) §. 13. Inst. de leg. II. 20; l. 3. §. 3. l. 7. §. 1. l. 22. l. 25. Dig. h. t. XXXIV. 3. — 20b) L. 8. pr. l. 11. l. 24. Dig. eod. — 21) L. 43. Dig. de legat. III.; l. 71. §. 3. Dig. de cond. et dem. XXXV. 1. l. 77. §. 9. Dig. de legat. II.; l. 69. §. 2. Dig. de legat. I.; Dig. XXXIII. 4. De dote praelegata s. relegata; §. 15. Inst. de legat. II. 20; l. 11. Dig. de legat. III.

§. 284. 1) Vgl. Vering, Erbr. S. 675 ff.; Unger §. 89. Anm. 2 und 3; Windscheid III. §. 637.; Lassalle a. a. O. S. 100 ff.

bei Erbeinsetzungen[2]) vorkommen, dass dasselbe Vermächtniss, für den Fall, dass es der zunächst Bedachte nicht erwerben sollte, einem Andern zugewandt wird[3]); aber auch so, dass derjenige, welcher den Gegenstand zunächst erhält, denselben zu einer bestimmten Zeit, z. B. nach seinem Tode an einen Andern herausgeben soll, und ebenso dieser etwa wieder an einen Dritten u. s. w.

Zu diesem successiven Vermächtniss, welches man auch häufig *substitutio † fideicommissaria* genannt hat[4]), wohin auch das dem Erben auferlegte Universalfideicommiss (sog. † *indirecta heredis substitutio*, s. folgenden Paragraphen) gehört, zählt als eine besondere Art

II. das *römische Familienfideicommiss* (fideicommissum familiae relictum), wo der Erblasser erklärt, dass eine gewisse Sache oder auch Quote seines Vermögens bei den agnatischen Angehörigen einer bestimmten Familie, sei es der des Erblassers oder des Legatars verbleiben solle[5]). Wenn der Erblasser keine besondern Bestimmungen getroffen hat, so werden hier zur Familie gerechnet alle im Augenblicke des Todes des Erblassers vorhandenen Verwandten und ausserdem deren künftige Descendenten ersten Grades und in deren Ermangelung auch selbst der Gatte eines verstorbenen Descendenten, wenn die Ehe nicht etwa durch Scheidung aufgehört hatte. Wenn der Erblasser nichts Anderes bestimmt hat, so kann jedesmal der Inhaber des Fideicommisses nach seiner Wahl einem oder mehreren Angehörigen der Familie das Vermächtniss zuwenden. Hat er keine Wahl getroffen oder überträgt er den Gegenstand des Vermächtnisses an Jemanden, der nicht nach ihm eintreten würde, so können die nächsten Verwandten zuerst desjenigen, für dessen Familie das Vermächtniss bestimmt ist, sodann die des letzten Fideicommissinhabers und an letzter Stelle die Schwiegerkinder dasselbe sogleich fordern. Sind die Theile nicht letztwillig bestimmt, so richten sie sich nach dem Intestaterbrechte des Eintretenden. Wenn eine Veräusserung des Fideicommisses geschah, diese aber keine freiwillige war, so müssen die Nachrückenden dem Cessionar das Fideicommiss so lange belassen, als es bei dem Cedens gewesen sein würde. Diejenigen aber, welche in die Veräusserung einwilligen, verlieren ihren Anspruch auf das Fideicommiss, und es kann daher durch die Einwilligung aller Familienglieder das Fideicommiss ganz aufgehoben werden. Und wenn der Erblasser auch die ausdrückliche Bestimmung getroffen

2) S. o. §. 260. S. 692 ff. — 3) L. 50. pr. l. 77. §. 13. Dig. de legat. II.; l. 3. Dig. de adim. legat. XXXIV. 4; l. 6. Cod. comm. de legat. VI. 43. — 4) Cf. l. 34. Dig. ad S. C. Trebell. XXXV. 1. — 5) L. 114. §. 14—18. Dig. de legat. I.; l. 32. §. 6; l. 67. pr. §. 1—7; l. 69. §. 1. 3. 4. Dig. de legat. II.

hätte, dass das Fideicommiss für immer bei der Familie bleiben solle, so soll dasselbe doch nach neuestem justin. Rechte[6]) in der Hand des vierten Inhabers *(post quattuor generationes s. successiones)* von selbst erlöschen und der Gegenstand dessen freies Eigenthum werden. Die früheren Erwerber müssen auf Verlangen der Betheiligten der Regel nach Caution wegen Restitution des Fideicommisses leisten.

III. Verschieden von dem römischen ist das deutschrechtliche Fideicommiss. Dieses ist ein kraft letztwilliger Verfügung unveräusserliches Gut, welches im Unterschiede von dem Kraft Gesetzes unveräusserlichen von den Blutsfreunden herrührenden Stammgut nicht bloss in Liegenschaften, sondern auch in anderen Gegenständen bestehen kann, und welches ebenso wie das Stammgut in bestimmter unveränderlicher Ordnung vererbt werden (aber nicht bloss auf vier Generationen beschränkt bleiben) soll[7]).

§. 285. Von den Universalvermächtnissen[1]).

I. Ein Universalvermächtniss, d. h. das Vermächtniss einer ganzen Erbschaft oder eines quoten Bruchtheils derselben im Gegensatze zum Vermächtnisse von res certae, konnte wie das einer anderen universitas unbedenklich stattfinden, aber dieses legatum hereditatis war ursprünglich auch nur eine Singularsuccession, so dass Forderungen und Schulden nicht auf den Universalvermächtnissnehmer übergingen. Wenn

1. dafür die Form des Legats gewählt war (*legatum partitionis* oder *partitio legata*), so schlossen der *legatarius partiarius*, d. h. *cui pars bonorum*, *partitio legatur*, und der Erbe zur gegenseitigen Sicherung *partis et pro parte stipulationes de lucro et damno communicando* dahin ab, dass der Erbe dem Legatar seinen Antheil oder dessen Aestimation herausgebe[2]) und dass dieser jenen † pro rata schadlos halte.

2. War per fideicommissum ein ganzer Nachlass oder ein quoter Bruchtheil desselben vermacht worden *(fideicommissum hereditatis, hereditas fideicommissaria)*, so behandelte man dieses in älterer Zeit als Erbschaftsverkauf, indem der Fideicommissar vom Fiduciar den Nachlass oder Bruchtheil desselben durch einen

6) Nov. 159. c. 2. — 7) Vg. Lewis, Das Recht des Familienfideicommisses. Berlin 1868; Gerber, Gesamm. jurist. Abhandl. Jena 1872. I. S. 100—187.

§. 285. 1) Gai. II. 246—59; Ulp. XXIV. 25. 11. 14—16; Paul. S. R. De SC. Trebelliano IV. 2; De SC. Pegasiano. IV. 3; Inst. de fideicommissariis hereditatibus II. 23; Ad SC. Trebellianum: Dig. XXXVI. 1; Cod. VI. 49. (48.); cf. Dig. de fideicommissaria hereditatis petitione V. 6. Vgl. Vering, Erbr. S. 780 ff.; Baron, Pand. S. 913 ff.; Bruns a. a. O. S. 432; Vangerow II. §. 556 ff.; Windscheid III. §. 692 ff.; Lassalle a. a. O. S. 120—144, bes. S. 124. 126; vgl. auch S. 94 ff. Anm.

2) L. 26. §. 2. l. 27. Dig. de legat. I. (30.).

Scheinkauf nummo uno kaufte, und beide, wie bei der partitio legata die stipulationes oder hier auch blosse pactiones partis et pro parte abschlossen. Während aber bei der partitio legata der Legatar Singularsuccessor blieb, so trat seit dem *S. C. Trebellianum* unter Nero (gegen 62 n. Chr.), durch welches die lex Iulia et Papia Poppaea[2a]) auch auf Fideicommisse ausgedehnt wurde, bei dem fideicommissum hereditatis eine Universalsuccession ein, so dass der Fideicommissar *restituta hereditate heredis loco* war und nun alle für und gegen den Erben als directae actiones zuständigen Klagen für und gegen den Universalfideicommissar als utiles actiones nach Verhältniss des vermachten Erbtheils gegeben wurden[3]). Damit aber der Fiduciar nicht bloss Lasten von der Erbschaft habe, so dehnte unter Vespasian das *S. C. Pegasianum* v. J. 75 n. Chr. den Abzug der Quarta Falcidia auch auf Fideicommisse aus, wenn dem Fiduciar sonst nicht das Viertheil seines Erbtheiles frei verbliebe[4]). Jedoch kam nun, wenn der Fiduciar die Quarta abzog, nicht auch das S. C. Trebellianum zur Anwendung, sondern es wurde dann wieder so gehalten, wie im Falle der partitio legata und es waren daher wieder stipulationes ad exemplum emtae et venditae hereditatis nöthig. Die Universalsuccession des Fideicommissars in Folge des S. C. Trebellianum trat nur dann ein, wenn nicht nach dem S. C. Pegasianum die Quart abgezogen wurde, sei es, weil es der Fiduciar nicht wollte, oder das Fideicommiss nicht ultra dodrantem ($^3/_4$) hereditatis betrug, oder weil er die Quart nicht abziehen durfte, indem er den Erbschaftsantritt verweigerte; denn letzten Falls konnte der Fiduciar nach Vorschrift des S. C. Pegasianum beim Prätor zum Erbschaftsantritte gezwungen werden, sollte dann jedoch keinerlei Gefahr tragen, sondern es sollten wie nach dem S. C. Trebellianum alle Erbschaftsklagen von selbst als utiles für und gegen den Universalfideicommissar auf diesen als den quasi heres übergehen[5]). In den Fällen aber, wo an sich nach dem S. C. Pegasianum ein Abzug der Quarta zulässig gewesen wäre, dieselbe aber in Wirklichkeit nicht abgezogen wurde, sollte übrigens nach der Meinung einiger röm. Juristen das S. C. Trebellianum doch nicht zur Anwendung kommen; denn da dem Rechte nach, nicht dem Willen des Erblassers gemäss, zu restituiren sei, so gelange der zu restituirende Nachlass oder Theil des Nachlasses nicht ganz nach dem Willen des Erblassers, sondern theilweise durch den freien Entschluss des Erben an den Fideicommissar und es bedürfe daher, wie vor dem S. C. Trebellianum, hier eines Scheinverkaufs und der entsprechenden

2a) Vgl. o. §. 220. nr. V. S. 554 f. — 3) Gai. II. 253. — 4) Gai. II. 254; Paul. S. R. IV. 3. — 5) Gai. II. 258; Ulp. XXV. 16; Paul. S. R. IV. 4.

Verabredungen zwischen dem Fiduciar und Fideicommissar[6]). Es kam indessen schon früh der Grundsatz auf, dass der lex Falcidia Genüge geleistet sei, wenn der Erblasser dem Erben die Restitution nur praecepta, oder deducta, oder retenta re vel summa auferlegt und ihm somit gestattet habe, einen Abzug von dem erbschaftlichen Vermögen im Einzelnen zu machen; ein Grundsatz, den Hadrian noch erweiterte[7]). In Folge davon liess man den Erben nach dem S. C. Trebellianum restituiren, falls er um den vierten Theil seiner Erbportion befriedigt war[8]); behandelte ihn selbst aber als blossen Vermächtnissnehmer, so dass die actiones vollständig auf den Fideicommissar übergingen[9]), wie dieses auch dann der Fall war, wenn der Fiduciar sich freiwillig des ihm vom Erblasser Zugewandten begab[10]). Nach einer späteren Ansicht sollte auch bei einem freiwilligen Verzicht des Erben auf den ihm durch das S. C. Pegasianum gestatteten Abzug der Quarta das S. C. Trebellianum angewandt werden können; jedoch blieb dieses bestritten[11]).

II. Justinian[12]) hat aber das S. C. Pegasianum so mit dem Trebellianum vereinigt, als ob das letztgenannte nicht bloss den Uebergang der Erbschaftsklagen auf und gegen den Universalfideicommissar, sondern auch (was doch das S. C. Pegasianum gethan hatte) zugleich den Abzug der Quarta angeordnet hätte, die hier daher, historisch unrichtig, *Quarta † Trebellianica* genannt wird. Mit der exaequatio legatorum et fideicommissorum musste nun auch der Unterschied zwischen der partitio legata und dem fideicommissum hereditatis, je nachdem befehlende oder bittweise Worte gebraucht waren, aufhören, und also im Zweifel jedes Universalvermächtniss, auch wenn die Quarta von dem Fiduciar abgezogen wird, eine indirecte Universalsuccession für den Universalvermächtnissnehmer begründen. Jedoch kann es allerdings auch noch geschehen, dass durch den bestimmt ausgesprochenen Willen des Erblassers eine Erbschaftsquote so hinterlassen wird, dass die Grundsätze der partitio legata dabei eintreten.

III. Die allgemeinen Grundsätze über die Voraussetzungen, Er-

6) Gai. II. 257. cf. 252; Theophil. ad §. 6. Inst. h. t. II. 23. vgl. mit §. 3. eod. — 7) Papin. l. 58. §. 3. ad S. C. Trebell XXXVI. 1. cf. l. 1. §. 16. 21. eod. — 8) Vgl. Ulp. l. 1. §. 16. h. t. XXXVI. 1; Papin. l. 93. i. f. ad leg. Falcid. XXXV. 2. — 9) L. 1. §. 21. cit.; l. 30. §. 3. ad S. C. Trebell. XXXVI. 1. — 10) Vgl. übrigens l. 63. §. 3. eod. — 11) Für jene Ansicht war Paul. S. R. IV. 3. §. 2. Vgl. aber Modestin. l. 45. ad S. C. Trebell. XXXVI. 1; §. 6. Inst. de fid. her. II. 23; Theoph. ad h. l.

12) L. 2. Cod. de vet. iure enucl. I. 17; §. 7. Inst. h. t. II. 28; l. l. 7. 8. Cod. ad S. C. Trebell. VI. 49; Nov. I. c. 1. §. 1. Vgl. Baron, Pand. S. 915; Vangerow II. §. 536.; Windscheid, III. §. 666. Note 8.

richtung und Erwerb (dies cedens und veniens) der Vermächtnisse gelten bei den Universalvermächtnissen wie bei den Singularvermächtnissen, nur die Wirkungen beider unterscheiden sich, indem die einen im neueren Rechte eine indirecte Universalsuccession, die anderen nur eine indirecte Singularsuccession begründen.

IV. Der Fiduciar haftet in Betreff der Aufbewahrung und Verwaltung für dolus und culpa lata, und wenn er nur einen Theil des Nachlasses zu restituiren hat, für diligentia quam in suis rebus. Nach eingetretenem Verzug haftet er aber für allen Schaden, namentlich auch für den Ersatz aller Früchte.

V. Die Herausgabe des Universalfideicommisses geschieht schon genügend durch formlose desfallsige Willenserklärung von Seiten des Fiduciars an den Fideicommissar oder dessen Erben oder Stellvertreter, wodurch dann dem Fideicommissar sofort alle die Rechte, Erbschaftsklagen u. s. w. zufallen, welche er beanspruchen kann, ebenso wie die entsprechenden Verpflichtungen. Nur Pfandrechte, die der Fiduciar selbst erst für Erbschaftsschulden sich hat bestellen lassen, müssen besonders cedirt werden. Der Ort der Restitution ist der der adita hereditas.

VI. Wenn der Fiduciar die Erbschaft freiwillig annimmt, so wird er Erbe nach den allgemeinen Bestimmungen[13]). Abgesehen davon, dass er dem Fideicommissar zur Herausgabe des vermachten Nachlasses oder der vermachten Quote verpflichtet ist, bleibt er als Erbe berechtigt und verpflichtet. Bis zur Herausgabe des Nachlasses vertritt er denselben wie ein anderer Erbe und klagt und wird er verklagt in Nachlasssachen, und bezieht er, so lange er nicht in Verzug geräth, die Vortheile des Nachlasses. Veräusserungen aber und Verpfändungen des Fideicommissgegenstandes durch den Fiduciar sind beim fideicommissum purum sogleich, beim bedingten Fideicommisse mit Eintritt der Bedingung rückwärts nichtig. Nur wenn die Veräusserung mit des Erblassers oder des Fideicommissars Willen oder zur Bezahlung von Erbschaftsschulden, oder weil die Sachen sich nicht aufbewahren lassen, geschieht, ist dieselbe gültig. Auch darf sich der sonst mittellose Fiduciar, namentlich das Kind des Erblassers eine dos oder propter nuptias donatio aus dem Nachlasse bestellen. Und ist dem Erben die Restitution nach seinem Tode auferlegt *(fideicommissum eius quod superfuturum erit)*, so darf er drei Viertheile der Erbschaft nach Belieben verausgaben (wenngleich nicht auf den Todesfall darüber verfügen); aber das letzte Viertel darf er nur im Nothfall angreifen und muss er dieses sonst dem Fideicommissar jedenfalls hinterlassen und dafür auch Caution leisten.

13) S. o. §. 268. S. 719 ff.

VII. Wenn der Fiduciar-Erbe zum Antritte gezwungen wird, so wird er zwar auch wirklicher Erbe, so dass das Testament nicht destituirt wird, sondern dessen übriger Inhalt aufrecht bleibt; jedoch soll der Fiduciar weder Vortheil noch Nachtheil von dem erzwungenen Erbschaftsantritt haben, z. B. nicht selbst die Trebellianische Quart abziehen, sondern dieses statt seiner der Fideicommissar thun dürfen. Indessen darf auch der zum Antritte der Erbschaft gezwungene Fiduciar behalten, was ihm condicionis implendae causa gegeben ist, ebenso die Früchte, welche er nach dem Antritte bis zur wirklichen Restitution oder bis zum eingetretenen Verzuge gezogen hat, sowie auch die Prälegate, im Falle dass die Miterben antreten und soweit die Prälegate auf deren Erbtheil lasten. Ferner, wenn dem Fiduciar ein Vermächtniss unter der Bedingung, dass er nicht Erbe werde, hinterlassen ist, so muss der Fideicommissar ihm dasselbe ganz leisten, indem die Miterben wegen Wegfall der Bedingung frei sind. Auch behält der zum Antritt gezwungene Fiduciar die durch Pupillarsubstitution auf ihn gekommene Erbschaft, falls ihm die Erwerbung derselben auch ohne den Antritt der väterlichen Erbschaft möglich gewesen wäre, während er im entgegengesetzten Falle dieselbe stets zusammen mit der väterlichen Erbschaft an den Fideicommissar herausgeben muss. Endlich verbleiben dem gezwungenen Fiduciar auch die iura sepulcrorum und operae fabriles libertorum [14]).

VIII. Wenn der Erbe eine von dem Erblasser früher gemachte Erbschaft an einen Dritten restituiren soll, so wird dieses aequitatis causa wie ein Universalfideicommiss behandelt. Dagegen wenn der Erbe eine früher von ihm selbst gemachte Erbschaft an einen Dritten herausgeben soll, so gilt dieses nur als ein gewöhnliches Singularfideicommiss.

§. 286. Von der mortis causa donatio [1]).

Marcianus l. 1. pr. h. tit.: „Mortis causa donatio est, cum magis quis habere se vult, quam eum, cui donat; magisque eum, cui donat, quam heredem suum.“ Vgl. jedoch §. 1. Inst. de donat. II. 7; l. 35. §. 2. Dig. h. t. XXXIX. 6.

Mortis causa donatio ist eine durch Rechtsgeschäft unter Lebenden bewerkstelligte Schenkung, deren endgültige Verwirklichung davon abhängig gemacht ist, dass der Schenker, ohne die Schenkung

14) S. o. §. 48. S. 110.

§. 286. 1) Vat. fragm. 249 sqq.; De mortis c. donat. Paul. S. R. III. 7. (cf. II. 23. §§. 1. 6.); Dig. XXXIX. 6; Cod. VI. 57. (56); §. 1. Inst. de donat. II. 7; Nov. 22. c. 44. §. 9. (Nov. 89. unglossirt). Vgl. Vering, Erbr. S. 804 ff.; Baron, Pand. S. 922 ff.; Vangerow II. 561 ff.; Windscheid III. §. 675 f. und bes. Unger §. 77. S. 322—333 der 2. Aufl. (1871).

widerrufen zu haben, stirbt und der Beschenkte nicht vor ihm gestorben ist[2]). Die durch mortis causa donatio hervorgebrachte Vermögensvermehrung muss wie die inter vivos von dem Schenker selbst ausgehen (praesens praesenti dat)[3]), und nicht erst aus dessen Erbschaft genommen werden. Auch in Betreff der möglichen Gegenstände unterscheidet sich die mortis causa donatio nicht von der inter vivos[4]), und wie diese bewirkt sie auch niemals eine Universalsuccession. Uebrigens kann die mortis causa donatio auch auf den Tod eines Andern, als des Schenkers gestellt werden, so dass der Tod jener Person analog dieselbe Wirkung hat, wie sonst der Tod des Schenkers selbst.

Es zeigt sich der Unterschied der mortis causa donatio von dem legatum insbesondere darin, dass die mortis causa donatio völlig unabhängig von dem Schicksal der hereditas und eines etwaigen Testamentes ist. Während daher der Vermächtnissnehmer sein Recht niemals vor dem Tode des Testators erwirbt, kann der mortis causa donatus die Schenkung sofort erwerben und wird sie nur durch den Tod des Schenkers ganz unwiderruflich. Ferner weil es bei der mortis causa donatio keinen Onerirten gibt, so fallen alle Sätze der Legatentheorie, welche sich auf diesen beziehen, z. B. das interd. Quod legatorum des Erben, das gesetzliche Pfandrecht an dessen Erbportion bei dem mortis causa donatus weg. Die mortis causa donatio ist nicht bedingt durch testamenti factio des Schenkers oder Beschenkten. Die Schenkung terminlicher Leistungen Todes halber gilt wie bei Schenkungen unter Lebenden für eine einzige Obligation u. s. w. Annahme von Seiten des Beschenkten gehört aber natürlich stets zur Perfection auch bei der mortis causa donatio; die Acceptation kann jedoch auch in der sofort oder bei Lebzeiten des Schenkers geschehenden Erfüllung liegen.

Wenngleich nun aber die mortis causa donatio ihrem ursprünglichen Wesen nach überwiegend als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden zu betrachten ist, so hat sie doch mit den Vermächtnissen die Abhängigkeit von dem Tode des Schenkers gemeinsam, und es kann der Schenker durch eine mortis causa donatio Alles das erreichen, was er sonst durch reine Rechtsgeschäfte auf den Todesfall zu bewirken pflegt. Als man daher mehr und mehr den letztwilligen Verfügungen für ihre Gültigkeit und Wirksamkeit eigenthümliche Beschränkungen auflegte, so musste man dieselben, damit sie nicht durch mortis causa donationes umgangen werden könnten, auch auf diese ausdehnen. So wurden durch specielle gesetzliche Vorschrift

2) Vgl. o. §. 40. S. 86 f. — 3) L. 38. Dig. h. t. XXXIX. 6; vgl. Unger §. 77. Note 11 ff. — 4) S. o. §. 93. S. 183.

Schenkungen Todes halber und Legate gleichgestellt in Betreff der lex Furia, Voconia, Falcidia (für letztere erst durch Septim. Severus), Capacität (und zur Umgehung der Caducität liess man desshalb auch bei der mortis causa donatio Substitutionen zu), durch Justinian auch in Betreff des Anwachsungsrechtes und der Mucianischen Caution, und wie schon früher ein Theil der römischen Juristen gethan hatte, überhaupt in Betreff der Theorie der Bedingungen, der Collation, querela inofficiosae donationis, kurz in Betreff aller Beziehungen, in denen nicht der eigenthümliche Character der mort. causa donatio als einer in Folge eines vertragsmässigen auf zweiseitigem Willen beruhenden Rechtsgeschäftes vom Schenker ohne Vermittelung einer Zwischenperson unmittelbar ausgehenden und nicht erst aus der Erbschaft genommenen Vermögensvermehrung entscheidend hervortritt.

Die röm. Juristen hatten darüber gestritten, ob die mortis causa don. sich mehr der Schenkung unter Lebenden oder mehr dem Legate nähere. Justinian entschied sich in dieser Frage für die letztere Alternative[5]). Der Streit der röm. Juristen über die Natur der mortis causa don. bezog sich aber nicht auf die Form derselben, und sie wurde auch in der späteren Kaiserzeit in den Formen der Schenkung unter Lebenden[6]), also zuletzt auch formlos, und nur mit gerichtlicher Insinuation bei grossen (über 500 Solidi betragenden) Schenkungen vorgenommen. Justinian erklärte aber[7]), es solle bei der grossen Schenkung auch statt der Insinuation die schriftliche oder mündliche Erklärung vor fünf Zeugen genügen; in Bezug auf kleine Schenkungen blieb es ganz bei dem früheren Rechte.

§. 287. Von der mortis causa capio[1]).

Mortis causa capio bezeichnet im weiteren Sinne jeden Erwerb von Todes wegen; im engeren Sinne scheidet man hereditas, legatum und fideicommissum davon aus, im engsten Sinne auch die mortis causa donatio. So gehört denn also zur eigentlichen mortis causa capio nur dasjenige, was Jemand condicionis implendae causa, d. h. zur Erfüllung der Bedingung, unter welcher einem Anderen etwas letztwillig zugewandt ist, oder für das Annehmen oder Ausschlagen einer letztwilligen Zuwendung erhält, die Usucapion des vom Verstorbenen Geschenkten, welches ihm nicht gehört hatte u. dgl.

5) §. 1. Inst. de don. II. 7; l. 4. Cod. de m. c. d. VIII. 57; Nov. 87. praef. — 6) S. o. §. 93. S. 185 f. — 7) L. 4. Cod. h. t. a. 530.

§. 287. 1) Dig. XXXIX. 6. ad §. 275. cit. Vgl. Vering, Erbr. S. 800 ff. Baron, Pand. S. 924 f.; Windscheid III. §. 677 f.

Jene Fälle, welche unter verschiedene Materien und damit auch unter besondere Regeln fallen, haben sämmtlich das gemeinsam, dass ihnen entweder gar keine Verfügung des Erblassers, weder unter Lebenden noch von Todes wegen, zu Grunde liegt, oder doch keine solche Verfügung, durch welche für den Capienten irgend ein Recht unmittelbar begründet würde. Es bedarf daher in der Person des Capienten keiner testamenti factio, und es kommt demselben keinerlei Klage (auch nicht etwa nach Analogie des Fideicommisses) zu. Der mortis causa capiens unterliegt indess dem Abzug der Quarta Falcidia[2]), jedoch geht gegen ihn kein interd. Quod legatorum.

Aber selbst die mortis causa capiones im engsten Sinne treten in so vielfache Beziehungen zu den Vermächtnissen und anderen eigentlichen letztwilligen Verfügungen, und erzeugen bisweilen so ähnliche Wirkungen wie diese, dass man desshalb manche Regeln von den letzteren auf die mortis causa capiones herüberzog. So die Capacitätsbestimmungen. Ferner, wer einen letzten Willen als falsch angriff und bei dieser Anklage bis zum Endurtheile verharrt, verliert, wenn er im Prozesse unterliegt, als indignus nicht bloss Erbschaft und Vermächtniss, sondern auch die in Folge des letzten Willens erworbene mortis causa capio. Ebenso wie das legati nomine Empfangene braucht sich der Erbe auch nicht das cond. implendae causa captum in die Quarta Falcidia einzurechnen, während das, was der Erbe von dem Universalfideicommissar selbst condicionis implendae causa erhält, nach Constitutionen von Hadrian und Pius ebenso in die Quart eingerechnet werden soll, wie das, was er nach der Bestimmung des Erblassers von der Erbschaft zurückbehalten soll. Ferner kann der Testator, wie einem Legatar, so auch dem, welchem condicionis implendae causa etwas zugewandt ist, ein Fideicommiss auflegen. Endlich, um minder wichtige Punkte zu übergehen, wenn die mortis causa capio darin besteht, dass der eingesetzte Erbe etwas erhält, damit er die Erbschaft ausschlage, so können die Vermächtnissnehmer u. dgl. bis zum Betrage dessen, was der Erbe erhält, ex edicto: si quis omissa causa testamenti[3]) klagen.

2) L. 18. Cod. ad leg. Falc. VI. 50. — 3) S. o. §. 265. S. 710.

Register.

Die Zahlen beziehen sich auf die Seiten, die hier und da angehängten kleineren Zahlen auf die Noten. — Die im Texte des Buches mit einem † versehenen und im Register cursiv gedruckten Worte sind neuere Schul- und Kunstausdrücke. — Die im nachfolgenden Parömienregister enthaltenen Sätze sind hier nicht mit aufgenommen worden.

A = antiquo legem 24.
Abdicatio tutelae 634.
Abgeleiteter jurist. Besitz 290.
Abhängigkeit, privatrechtliche 89 f., 601 ff., 620.
Abläugnen 267, 275. — der Handschrift 252 f.
Ablegung eines Zeugnisses, Verpflichtung dazu 529.
Ablehnung des iudex 211. 258. — der Offerte 462. — des tutor 627.
Ablösung der Bannrechte 376[5], — der Reallasten 377 a. f.
Abrogatio legis 44.
Absoluter Rechtserwerb 158.
Absolutio 260, 272. — ab instantia 260.
Abstimmung 24.
Abstinendi beneficium 735.
Abstracte persönliche Klagen 229.
Abweiden 519.
Abwesende, Ersitzung ihrer Sachen 325, 328. — Perfection der Verträge unter denselben 456 ff. — durch Boten und Briefe 172[12], 191[12], 456.
Abwesenheit als Restitutionsgrund 281.
Acceptation 450, 457 ff.
Acceptilatio 541, 479 f.
Accessio als Eigenthumserwerb 344.
Accessionen 156, 334.
Accessio possessionis 326, 329, 345.
Accessorische Verbindlichkeit des Bürgen 431, 434 ff.
Accidentalia negotii 161.
Accrescenzrecht der Miterben 651, 671, 723, beim Prälegat 748, beim ususfructus legatus 748, der Vermächtnissnehmer 747.
Accusatio suspecti tutoris 634.
Accursius 69, 73, 670, 708.
Acquisitiones civiles und naturales 313 ff.
Actiengesellschaften 140, 502[2].
Actio 219 ff., ad exhibendum 309, 529, ad exhibendum id quod interest 309, *adiecticiae qualitatis* 95, 171, 235, 476, 605, *ad supplendam legitimam* 705, adversus publicanos 518. aestimatoria beim Kauf 496, wegen Iniurien 516, beim Tausch 491, Anstellung der Klage 235, actio aquae pluviae arcendae 307, 369, arbitraria 230, arborum furtim caesarum 517, Aufhebung der Klage 224, 236, 549, auctoritatis 495[20], Begriff 219, Beweislast bei derselben 248, 252, 264, bonae fidei 226, Calvisiana 700, certi 230, certae pecuniae creditae 230, 482, constitutae pec. 534, civilis 221 f., civilis incerti 230, commodati directa und contraria 487, communi dividundo 225, 240, 344, 508, 725, conducti 491, confessoria 82, 255, 362, constitutoria 534, contra- 221, cum compensatione 247, damni infecti 244, 306, 316, damni iniuria dati 514 f., de aestimato 491, *de albo corrupto* 524, *de bene depensis* 432, de cane 519, de constituta pecunia 534, de dolo 166, de dote 586, 589, de effusis et deiectis 528, de eo, quod certo loco 227 ff., *de filiatione* 603, de in rem verso 95, 171, 235, 476, 615, de liberis agnoscendis et alendis 530, 596, de mortuo illato, de mortuo inferendo 518, de partu agnoscendo 530, 596, de pastu 519, *de patria potestate* 603, de pauperie 518, de peculio 95, 171,

235, 476, 617, de pecunia constituta 534, depensi 432, depositi 488, *de positis et suspensis* 529, de recepto 535, de sepulcro violato 126, 518, des Patrons wegen unbefugter in ius vocatio 109, de servo crrrupto 524, utilis de servo corr. 524, de statu 223, 603, de termino moto 344, de testamento accise aperto 524, de tigno iuncto 309, directa 221 f., doli 166, emti 389, exercitoria 95, 171, 235, 476, 615, ex mutuo 482, ex stipulatu 478, auf Rückgabe der dos 586, desgl. ex stipulatu tacito 589, ex testamento 743, familiae herciscundae 225, 725, Faviana 700, ficticia 222, fiduciae in personam 386, finium regundorum 225, 344, funeraria 508, furti 511, furti adversus nautas etc. 535, furti concepti 512, furti manifesti et nec manif. 511, furti oblati 512, — prohibiti 513, — non exhibiti 513, gegen die affirmatores der Vormünder 636, gegen die Bürgen der Vormünder 636, gegen die postulatores der Vormünder 636, hypothecaria 389, 405, incerti 230, in factum 222, auf Exhibition 309, 529, in factum civilis 222, 451, 490, de calumniatoribus 486, de edendo 529, — si mensor fals. mod. dix. 517, — praescriptis verbis 222, 451, 490, — quasi ex delicto in exercitorem, cauponem, stabulariorum 535, — wegen missio in possessionem 203, 232, 302, 306, 397, — wegen nicht geleisteter cautio damni infecti 244, 302, 306, — wegen Raub und Beschädigung bei Unglücksfällen 518, wegen Vermögensbeschädigungen 509, 514 ff., iniuriam 516, in personam 81, 225, *specialis generalis* 223, Verjährung derselben 224, de superficie 373, emphyteuticaria 368, 371, — in rem scripta 225, institoria 95, 171, 235, 476, 615, *institutoria* 439, interrogatoria 256, iudicati 213 f, iurisiurandi 550, legatorum 738 ff., 743, 753, legis Aquiliae 514, legis Corneliae 516, legis Fabiae 524, locati 497, mandati 506, metus 163, mit einer formula in ius oder in factum concepta 223, mixta 225, 234, mutui 482. nata 199, 224, 235, negatoria sive negativa 82, 337, 343, negotiorum gestorum 507, noxalis 221, Pauliana 520, pecuniae certae creditae 482, pecuniae constitutae 534, perpetua 235, 239, pigneratitia in personam 387, 405, 489, pigneratitia in rem sive hypothecaria 389, 405, poenalis 127, 234, 509, popularis 234, praeiudicialis 223, praescriptis verbis 222, 451, 490, praescr. verb. aestimatoria s. actio de aestimato 491, de precario 347, praescr. verb. ex permutatione 491, prohibiti furti 513, pro socio 503, protutelae 637, Publiciana in rem 301, 342, Publ. bei der Emphyteusis 371, Publ. bei der superficies 373, Publ. confessoria 363, Publ. negatoria 343, Publ. Seitens des Pfandgläubigers 388, 404, quanti minoris s. aestimatoria 496, quasi Calvisiana und Faviana 613, quasi institoria 476, quasi Serviana 389, 405, quod iussu 95, 171, 235, 476, 615, quod metus causa 163, rationibus distrahendis 635, redhibitoria aedilicia 496, *rei persecutoria* 234, rei uxoriae 586, rerum amotarum 511, *rescissoria* 282, 439, *restitutoria* 439, revocatoria 187, 490, Rutiliana 285, sepulcri violati 127, 518, *sequestraria* 203, 290, Serviana des bon. emtor. 285, des Pfandgläubigers 389, 405, si certum petatur 230, si mensor falsum modum dix. 517, *spolii* 347, stricti iudicii oder iuris 226, (tutelae) subsidiaria adversus magistratum 637, *suppletoria* 705, *syndicatus* 278, 529, temporalis 235, 239, tributoria 95, 605, tutelae 635, tutelae subsidiaria 637, tutelae utilis 635, utilis 222, utilis de servo corrupto 524, utilis aus einer Eidesleistung 550, utilis im Falle eines pignus nominis 390, vectigalis 368, venditi 494, vi bonorum raptorum 513, viae receptae 518, vulgaris 222.

Actiones, s. auch actio, — aediliciae 221, 495, annales 239, aus der in integrum restitutio 282. — Concurs derselben 237, de damno 504 ff., duplices 234, — Erlöschen derselben 236, ex contractu 478 ff., ex delictis 127, 234, 519 ff., famosae 127, 234, ficticiae 222, fiscales 239, Hauptarten 220 ff., litigiosae 238, 263, mixtae 225, 234, *praeparatoriae* 223, 238, praetoriae 221, privatae 234, quae mixtam causam habent 225, 234, quibus rem, poenam, vindictam persequimur 234, simplices 234, subsidiariae 235, temporales 235, transeunt ad heredes et in heredes 237, *vindictam spirantes* 234, 236, — zwischen Ehegatten 571, — zwischen Eltern und Kindern 602, — zwischen Freigelassenen u. Patron 109.

Actionis extinctio 236, — submotio 258.
Actus legitimi 160.
Actus, servitus actus 352, 363.
Addictio als Sclave 97. 115.
Addictio bonorum 283, 286, — — libertatum conservandarum causa 710.
Addictio in diem 531.
Ademtio hereditatis 710 f., 734 ff., legati 752.
Adferruminatio 336.
Adiectiones zur formula 245.
Adiectus solutionis causa 472.
Aditio hereditatis 717.
Adiudicatio 225, 245, — des Eigenthums 315, 316, — des Pfandrechts 397, — von Servituten 361.
Adiunctio 336.
Administratio des Vormundes 629 ff.
Admodiatio 499.
Adnotatio 27.
Adoptio 91 f., 610 ff., — durch eine Frau 615, — ex tribus maribus 614, — *minus plena* 615, — naturam imitatur 611, — per testamentum 615, — *plena* 615, — Requisite ders. 611 ff., — Wirkungen 91, 614 f.
Adoptivverwandtschaft 91, 614, 666, als Successionsgrund 614.
Adpromissio, adstipulatio 419, 431, 470.
Adulterini 135, 616.
Adventicia 608, — *irregularia* 609.
Advocat 219.
Advocatie 377.
Aedilen, ihre Competenz 206, 207.
Aedilicium edictum 28.
Aelius Gallus 47, — Sext. 44, 50 f., — Tubero 47.
Aeltern und Kinder, Verhältniss ders. 602.
Aequae partes der socii 503.
Aequitas s. Billigkeit, — compensationis 247, 546, — exhibitionis 529.
Aequum ius 28.
Aerarii 123.
Aerarium s. Fiscus.
Aes Brittannicum et Neapolitanum 7.
Aes Malacitanum et Salpensanum 7.
Aestimatio dotis 576, — rei 444.
Aetas s. Altersstufen.
Aeusse Rechtsgeschichte 2.
Aeusserungstheorie 458.
Affectionsinteresse 444.
Affectus maritalis 551.
Affinitas 137.
Affirmatores tutorum 626, 636.
Sextus Caecilius Africanus 53.
Afterbürge 431.
Aftermiethe 499.
Afterpfand 390.
Ager desertus 321, 348, — vectigalis 368 f.
Agnation 90, 136.
Agnition der bonor. possess. 660, 718. — der Vermächtnisse 311, 747.
Agri arcifinii und limitati 335.
Agrimensores, Schriften ders. 10, — Klage gegen dieselben, 223.
Albericus de Rosciate 73.
Album corruptum 524.
Album iudicum selectorum 211.
Alciati 73.
Alfenus Varus 47.
Alienatio 182, — einer Erbschaft 664, 730, — in fraudem creditorum 519, — relativer Begriff 182 [3], — Seitens des Fiscus und Regenten 319, 407 f.
Alimenta legata 747.
Alimentationsverbindlichkeit 530.
Alluvio 334.
Alter der Pfandrechte 397, 402 ff.
Altercatio 257.
Altersstufen 132.
Alterum tantum 155, 444.
Alveus derelictus 335.
Alvei mutatio 335.
Amentia s. Furiosus.
Amt des Vormunds 620, 628 ff. — des Obervormunds 632 f.
Analogie 43.
Anatolius 66.
Anatocismus 155.
Andreae Joh. 73.
Anerkennung der Gültigkeit oder Ungültigkeit letzter Willen 711 f.
Anerkennungsvertrag 455 f., 711.
Anfechtbarkeit 163 ff., 168 ff., 192.
Animus domini 287 f. — novandi 545. — possidendi 287 ff.
Anlegung der Pupillengelder 630.
Anniculi probatio 120.
Annus luctus 596, — utilis 197.
Annuum legatum 747.
Anrüchigkeit 129.
Anstandsbriefe 442.
Anstellung der Klagen 235.
Antestari, antestatus 114.
Anthianus Fur. 57.
Antichresis 407, 533.
Antinomien in Justinian's Rechtssammlungen, deren Lösung 66, — einzelne Fälle vgl. 320 [14], 534 [22]. Vgl. auch 167 [2], 173 [13], 182 [3], 318 [10], 393 [7].
Antritt der Erbschaft s. aditio hered.
Antritt der Vormundschaft 633.
Anwachsungsrecht s. ius accrescendi.
Anweisung s. Assignation.
Anwünschung s. Adoptio.
Apertur der Testamente 713.
Apostaten 128.
Apparitores 286.
Appellation 208, 276 f., 278 ff.
Appellationsfrist 198, 279.
Appius Claudius 44, 58, 112.

Apprehension 294 ff.
Aqua pluvia 307, 354.
Aquae ductus 353, 364.
Aquae haustus 353, 364.
Aquila Jul. 57.
C. Aquilius Gallus 46, 166, 479, 683.
Arrianus 51.
Arbitria s. actio arbitraria und actio bon. fidei.
Arbitrium eines Dritten 168, — beim Kaufpreis 491, — bei letztwilligen Disposit. 675, 689, 714, 722, 737, 740.
Area 307.
Argentarii 247, 420, 480.
Arglist s. Dolus.
Argumenta probandi 264.
Argumentum a contrario 43.
Arme, Erbeinsetzung ders. 142, 680, 684.
Arme undotirte Wittwe, Erbr. ders. 672.
Arndts 76.
Arrest 203.
Arrha und arra 466, 562 f.
Arrianus 51.
Arrianus Menander 54.
Arrogatio 91, 610 ff., — impuberis 612
As 147, — als Grundlage der Zinsberechnung 153 f., — als Einheit des Nachlasses 722.
Assessores 175.
Assignatio 378, 397.
Ateius Capito 48.
Athanasius 66.
Atrox s. iniuria.
Attilicinus 50.
Auctor 158.
Auctoratus 118.
Auctoritas rerum perpetuo similiter iud. 36.
Auctoritas iuris peritorum 30 ff.
Auctoritatis interpositio 161, 621, 629, 639.
Aufhebung der Acquisition der Erbschaft 435, — der Delation 732, — der Ehe 592, — der Einreden 252, — der Emphyteusis 371, — der Gesetze 44, — des Formelverfahrens 258, — der iudicis datio 212, 258, — der jurist. Personen 142, — der Klagen 236, — der Klagen durch Concurrenz 237, — der Klagen durch Tod 236 f., — der Klagen durch Verjährung 239, — der legis actiones 243 f., — der manus 568, — der Obligationen 537, — der Privilegien 82. der Reallasten, 379, — der Rechtssätze 44, — der Rechte 192, — der Servituten 364, — der Superficies 373, — der väterlichen Gewalt 617, — der Vermächtnisse 752, — der Vormundschaft 633, — des Besitzes 297, — des Eigenthums 348, — des Pfandrechts 407, — des Retractsrechts 381.
Aufkündigung 542, — der locatio conductio 500, — des Mandats 506, — der Societät 503.
Auflage s. modus.
Auflage, eine fremde Erbschaft zu restituiren 762.
Augen für Geld 496 [30].
Aulus Cascellius 147.
Aurei (denarii) 147.
Ausbauchung der Nachbarswand 308.
Ausdehnung von Rechtssätzen nach ihrem Grunde 43.
Ausdreschen keine Specification 318 [10].
Ausgaben und Theile des corpus iuris canonici 72.
Ausgaben des corpus iuris civilis 72.
Auslegung s. Interpretation.
Auslobung 536.
Ausmittlung des Umfangs der Gesetze 43.
Ausschliesslichkeit des Besitzes 291, — des Eigenthums 301.
Ausschliessung vom Pflichttheil 702, 705.
Ausserordentliche Ersitzung 332, — Succession der pauper uxor indotata 672.
Ausserordentliche Succession der unehelich Geborenen 672.
Aussetzen Neugeborener 471.
Ausspielgeschäfte 465, 485.
Aussteuer 575.
Ausübung der Rechte 80, — der Rechte durch Stellvertreter 170, 217, 340, 351, 355, 357, 367, 383, 389, 424, 639, 730, — der Servituten 350, 351, 355, 357, 366, — des Besitzes durch Stellvertreter 298.
Authenticae Friedericianae u. *Authenticae* der Glossatoren 71.
Authentica Hoc ius porrectum 441 [8].
— *Sacramenta puberum* 227, 632 [14].
— *Si qua mulier* 439.
Authenticum, liber authenticorum 65.
Autonomie 17.
Auxilium divisionis 418, 433, 436, 637.
Aversio 496.
Avulsio 334.
Azo 73, 671.

Bachov von Echt 74.
Balbus L. Lucil. 46.
Balbus Mensor 10.
Baldus 73.
Bannrechte 375 f., — Arten ders. 375.
Baron 26.
Bartholomäus Caepolla 73.

Bartholomäus de Saliceto 73.
Bartolus 73.
Basilica 67.
Baum an der Grenze 308.
Baumaterialien 309.
Baumfrevel 517.
Bedeutung des römischen Rechts 1.
Bedingungen s. condicio.
Beerdigung auf fremdem Boden 518.
— innerhalb der Stadt 307.
Beerdigungspflicht 530.
Befreiung des Schuldners 537 ff., 631, 756.
Begräbnissbesorgung 508, 530.
Begriffsganzes 149.
Begründung der Klagen 199, 224, 235, — der Rechte 157.
Beisetzung (widerrechtliche) einer Leiche 307, 508, 530.
Benachrichtigung von der Cession 428.
Beneficia (iuris) 18, 43, 83, — der Bürgen 433, — der aus der vormundschaftlichen Verwaltung Mithaftenden 637.
Beneficium abstinendi 735, — *Auth. Si qua mulier* 439, — *cedendarum actionum* 405, 433, 637, — *competentiae* 274, — *dationis in solutum* 441, — *divisionis* 418, 433, 436, 607, — *excussionis* 391, 505, 433, 637, — *excussionis personalis* gegen die Pfandklage 391, 405, — *excussionis realis* 391, 405, — ex edicto D. Hadriani 433, 729, — *inventarii* 720, — *leg. 23. Cod. ad SC. Velleianum* 439, — *separationis* 721.
Berechnung der Falcidischen und Trebellianischen Quart 750, der zurückleistenden dos 588, — des Pflichttheils 701, 705, — eines Zeitraums 197 f., — des Zinsfusses 153 f.,
Bergregal 381.
Beschädigung 95, 189, 221, 237, 443 ff., 514, — durch Bergwerke, Eisenbahnen etc. 446 f., — bei Brand, Schiffbruch 518, — durch dolus 166, 509, 517, — eines freien Menschen 516, — eines Grabmals 518, — von gemeinnützigen Anlagen 144 8, — Seitens der Publicani 518, — von Seiten der Thiere 518.
Beschränkungen des Eigenthums 304 ff., — von Rechtssätzen nach ihrem Grunde 42.
Besitz 287, — abgeleiteter 290, — an Theilen 291, — Begriff 287, — Erwerb 294, — — für einen infans 294, 629, — durch Stellvertreter 296 — juristischer 286, — Klagen 288, 345, — Läugnen 341, — Objecte 292, — Recht 281, — rechtliche Natur dess. 287, — Subjecte 294, — Terminologie dess. 287 ff., — Verlust 297 ff., — durch Stellvertreter 298.
Besitzer, gewaltsamer 291, 345, 347.
Bestellung der dos 576, 585, 639, — der Servituten 358.
Besthaupt 375.
Betrug 166, 189, 509, 517, — bei letztwilligen Verfügungen 689 f., — bei Verträgen 166, 189, 509, 517.
Beute 316.
Beweis 264, — der culpa 191, — der Ersitzung, Erfordernisse 326, 332, — der Existenz von Rechtssätzen 36, 264, — der letztwilligen Verfügungen 713, — der Zahlung 265, 538, — des Eigenthums 341, — des Eigenthums bei der actio negatoria 343, — des Erbrechts 727, — Gegenstand dess. 264, — Gründe 264, — Last 264, — Mittel 264, — Vertrag 455, — eines höheren Zinsfusses 229 52.
Biennium luitionis 311, 401.
Bigamie 126, 557.
Bigleniza 62.
Billigkeit s. actio und negot. bonae fidei und Edict.
Blum'sches Testament 684.
Blutschande 135, 557, 563.
Boecking 8, 76.
Böhlau 77, 79.
Böhmer 75.
Bona adventicia 608 ff., — castrensia 607, — ecclesiastica 323, 441, — damnatorum 92. 125, ereptoria 688, — fides 199, 263, 289, 320, 327, — fides bei der Usucapio 199, 327, — Wesen derselben 327 f. 38—41, — fides bei der Verjährung 199, 327, 342, — materna 608, *recepticia* sive *parapherna* 592, — vacantia 736, — vi rapta 513.
Bonae fidei iudicia 226, — — possessio 199, 263, 289, 320, 327, 342, — possessor in Betreff der Impensen 151, — in Betreff der Früchte 263, 289, 320, 728.
Bonitarisches Eigenthum 301 ff.
Bonorum cessio 285, — emtio-venditio 284.
Bonorum possessio 656 ff., — — Bedeutung ders. im justin. Rechte 661, — — contra tabulas 660, 699, 708, — — commisso per alium edicto 699, — — decretalis 660, 733, — — des bedingt eingesetzten Erben 716, — — des Patrons 667, 700, — — edictalis 660, — — Erwerb. ders. 660, 718, — — ex Carboniano edicto 731, — — furiosi nomine 730,

— — in bona liberti 667, 700, — — intestati 666 — — intra alienas vices 718, — — Klassen ders. ab intest. 666, — — litis ordinandae gratia 657, — — *necessaria* 661, — — ordinaria und extraordinaria 660, — — quibus ex legibus 661, — — secundum tabulas 659 f., 676, 716, — — cum re et sine re 661, — — unde cognati 667, — — unde legitimi 666, — — unde liberi 666, — — unde vir et uxor 667, 670, — — Ursprung und allmähliche Entwicklung ders. 657, — — *utilis* 661, — — ventris nomine 731, — — Verhältniss ders. zur hereditas 561, — — Verlust ders. 718 f., — — Wirkung ders. 657, 661.
Brachylogus iuris civilis 69.
Brautgeschenke 563, 589 ff.
Brevi manu traditio 296.
Breviarium Alaricianum 8, 61.
Brinz 76.
Bruns 76.
Brutus 46.
Bude 73.
Bürge 430, — im Prozess 253, — zur Cautionsleistung 203.
Bürgerliche Ehre 125 ff.
Bürgschaft 430 ff.
Bulgarus 69, 584, 708.
Burchardi 76.
Burgundisches Gesetzbuch 61.
Busse 510 [8], 516 [10].
Bynkershoek 74.
Byzantinisches Recht 67.

Cabinetsjustiz 27.
Caccialupus 73.
Caducum 685.
Sextus Caecilius Africanus 49, 53.
Caepolla 73.
Caerites 123.
Caelibatus, poenae 554, 685.
Calendae 154.
Calender 195.
Callistratus 56.
Calumnia 486.
Canon 368 f., 371, 373.
Canonische Testamentsform, 679.
Canonisches Recht 72.
Capacitas 685.
Capite damnati 92, 98, 124, 126.
Capito 48, 49.
Capitis diminutio 90, — magna 92, 126, — — maxima 92, 126, — — media 92, 126, — — minima 90, — — — Wirkungen ders. 90 f.
Capita Raynaldus et Raynutius 752 [10].
Captatorische Dispositionen 692.
Caput 90 ff., 93.
Carbonianum edictum 731.
Carmina famosa 113, 405.
Cartilius 50.
Sp. Carvilius Ruga 594 [12].
Cassius Longinus 49. 50.
Castrati 134, 556, 611.
Casus, Haftung für denselben 446 a. E.
Casus Inst. unus 338 [9].
Cato 45, 745.
Causa cadebat 273, — Curiana 694.
Causa adiecta sine expressa 224, — der Cession 425, — falsa non nocet 690, — perpetua bei Realservituten 350, — possessionis 291, — iusta bei der Tradition 319.
Causae collectio oder coniectio 258, — *favorabiles* 182, — der Verträge 450, 484.
Cautela Socini 701.
Cautiones 201, — damni infecti 302, — de chirographo 265 f., 480, — *de demoliendo* 526 f., — *de non amplius turbando* 307, 343, — discreta et *indiscreta* 480 f., — iudicio sisti 253, 259, — legatorum servandorum causa 749, — Muciana 716, — rei uxoriae sive dotis 266, 564, 578, — usuaria 357, — usufructuaria 355 f., — = Schuldschein 265 f., 480.
Cavere 30.
Cedens 424 ff. — S. auch dies cedens.
Celsus 49.
Census 22, 106, 480, 750.
Centesimae usurae 154.
Centumviri 209.
Centuriatcomitien 22.
Cernere 717.
Certum und incertum s. actio certi et incerti.
Cessio bonorum 285, — bei Erbschaften 424, 664, 730, — bei Forderungen 424, — *necessariae* 427, — ususfructus 182, 355, — *voluntaria* 427.
Cessionarius 428.
Cessionsact 428.
Aurel. Arcad. Charisius 57.
Chirographum 365 f. 480.
Chronologische Methode 2.
Cicero's Schriften 11.
Citirgesetz 27.
Civilehe 560 f., 565, 595.
Civilis possessio 290.
Civilprozess 206 ff., 260.
Civilrecht 14.
Civis Romanus, Civität 123.
Classen der Intestaterben nach alt. Civilr. 663, — nach prät. R. 666, — nach Nov. CXVIII. 669.
Appius Claudius Caecus 45, 58.

Claudius Hermogenianus 57, 59, — Saturninus 53, — Thryphoninus 54.
lausula codicillaris 746, — doli 163, 166, — generalis s. in integrum restitutio.
Clienten 109.
Cloaca 308.
Cocceii 74.
Codex 62, 64, — Gregorianus 59, — Hermogenianus 59, — Iustinianeus 62, 64, 66, 71, — repetitae praelectionis 66, — Theodosianus 60, — accepti und expensi 479 f.
Codicillarclausel 746.
Codicilli 740 ff., 744 ff.
Coëmtio 566, — fiduciaria 568, 640.
Cognatio 135.
Cognitio extra ordinem 220, 258, 261.
Cognitor 217.
Coheres 651, 655, 669 ff., 702, 721 f., 723 ff., 744.
Collatio bonorum 725, — — der Descendenten überhaupt 725, — der emancipati vor Nov. CXVIII. 666, dotis 523, 725, — legum Romanarum et Mosaicarum 60.
Collegatarii coniuncti 748.
Collegia 139.
Collegii actores 139.
Collegium Iovis Cerneni 5.
Collision der Gesetze 41 ff., 44, 66, — der Klagen 237, — der Forderungen 448, — der Rechte, 194.
Colonatrecht, erbliches 371.
Coloni 121.
Colonia Genetiva 7.
Comes 213.
Comitia centuriata curiata 20, — tributa 22.
Commercium 90, 601, 651.
Commissionsgeschäft 506.
Commissum 315.
Commixtio 336.
Commodatum 487, — Unterschied vom precarium 487.
Commodum bei Obligationen 444 ff., — repraesentationis s. temporis 443.
Communio *incidens* 344 f., 508.
Compensatio 247, 546.
Competentia s. benefic. competentiae.
Compossessio 291.
Compromissum 535.
Computatio 197 f., — *ad dies* 197, — *a momento ad momentum* 198, — *civilis* 197, — *naturalis* 198.
Concepta verba 244.
Concubinatus 553 f.
Concursus actionum 237, — *causarum lucrativarum* 193, 548, 752, — der Gläubiger 448, — der Klagen 237, — der Rechte 194, — *poenarum* 445.
Condemnatio 225, 244, 273, — in id quod debitor facere potest 274, — Umfang derselben 244, 272 f.
Condicio, Begriff und Arten 173, — affirmativa 175, — bei letzwilligen Verfügungen 690, 716, 745, 749, — bei Obligationen 176, — beim Pfandrecht 393, — bei der societas 502, — causalis 175, — contra bonos mores, contra leges et decreta = turpes 175, 691, — deficiens 176, — derisoria 175 [7], — Erfüllung ders. 176, 691, 716, — existens 176, — falsa 174, — impossibilis 174, — inepta s. inutilis 174, — iuris 174, iurisiurandi 69, — mixta 175, — *necessaria* 174, pendens 176, — perplexa 175, 691, — potestativa 175, — promiscua 691, — *resolutiva* 175, *suspensiva* 175, — suspendirt, aber zwingt nicht 178 [3], — turpis 175, 691, — viduitatis 599, — Unzulässigkeit bei gewissen Geschäften 160, 691, — Wirkungen ders. 176.
Condicionis implendae causa 762, 764.
Condictio 229, 484, — als abstracte persönliche Klage 229, — causa data, causa non secuta 485, 490, — certae pecuniae, certi 230, 482, — de bene depensis, de bona fide consumptis 484, ex causa furtiva s. furtiva 484, 486, 512, — ex iniusta causa 485, — ex lege (ex canone, ex moribus) 486, — *ex lege 2. Cod. de rescind. vend.* 497 [33], — *ex lege 35. Cod. de donat.* 186, — ex mutuo 482, — furtiva 484, 486, 512, — generalis 229, 484, — incerti 230, — indebiti 484, — *Iuventiana* 483 [14], — ob causam datorum 484, — ob iniustam causam 485, — ob rem datorum 484 ff., — ob turpem causam 485, — sine causa 485, — triticaria 192.
Condictiones datorum 484.
Condominium 304.
Conductor 497.
Confarreatio 566.
Confessus 255, 267.
Confines 306, 344.
Confirmatio tutorum *ex iure Germanico* und *ex iure Romane* 633.
Confiscatio 124.
Confusio als Eigenthumserwerb 336, — als Erlöschungsgrund der Rechte 193, — bei Obligationen 547, — beim Pfandrecht 401, 407, — bei Servituten 366.

Coniunctio der Miterben 724, — der Vermächtnissnehmer 748.
Coniux binubus, Nachtheile dess. 598.
Connubium 90, 601, 651.
Consanguineus 136.
Consensualcontracte 452, 491.
Consensus expressus und tacitus 167, — nothwendig dritter Personen 168, — bei Verträgen 452, 459, 481, — bei der Ehe 564, — beim Verlöbniss 562, — des Vormundes 621, 629 ff. 639, 642.
Consiliarii 208.
Consilium bei Freilassungen 108 — hastae 210. principis 208.
Consistorium — principis 208.
Constantinus Hermenopulus 68.
Constituta pecunia 436, 455, 534.
Constitutio Iustiniani de incertis personis 683.
Constitutio Marci et Commodi ad Aufidium Victorinum 100.
Constitutiones principum 24 f., — *Sirmondicae* 60, 213 [2], — *Siriacae* 60.
Constitutum debiti *alieni* 436, 455 f., 534, — debiti *proprii* 534, — *possessorium* 296.
Consuetudo 33, — im canonischen Rechte 35 [5], — legi contraria 34, — longa 34, — praeter und secundum legem 34, — rationabilis 35, — tenaciter servata 35.
Consulares 208.
Consules 206, 207, 625, 741.
Consultatio veteris ICti. 61.
Consumtio existimationis 125.
Continuität der Verjährung 199, 239, 330.
Contocurrent-Verkehr 134.
Contractus 160, 450, — *aestimatorius* 491, — *bilaterales, inaequales* 160, 221, 412, — bonae fidei et stricti iuris s. actio, — certi s. condictio und actio — *claudicans* 463, — emphyteuticarius 370, — *famosi* s. actio, — *innominati* 490, — *mohatrae* 482, — pigneraticius 387 ff., 489, — *socidae* 499.
Contrarius consensus 540 f.
Controversia de fine 344, — de loco 344, — mota 264, 727.
Contubernium 93.
Contumacia 254.
Contumelia 505.
Contutores 628 f., 635.
Convalescenz der Rechtsgeschäfte 181, — der Schenkungen unter Ehegatten 572, — des Pfandrechts 392 f.
Conventionalpfandrecht 392.
Conventionalstrafe 466.
Conventio in manum 91. 567.
Conventus civium 103, 212.
Conversion 181.
Convicium 515.
Corporationen 139 f., — Erbrecht ders. 140, 684, 745, — Publicität ders. 140.
Corpus iuris Anteiustinanei 10, — — *canonici* 72, — — *civilis Iustiniani* 62, 71, — — Citirmethode des corp. iur. civ. 62 ff.
Correalobligation 415 ff.
Correctorische Gesetze, Auslegung ders. 43.
Correi debendi und credendi 415.
Crassus, T. Licinius 46.
Creditores creditorum 390, 538.
Creditum 481.
Cretio 717.
Cridarius 449.
Crimen expilatae hereditatis 324, 654, — extraordinarium u. publicum 126, — sepulcri violati 127, 518.
Cruces ICtorum (einige ders.) 604 [23], 683 [31], 703 [22].
Cuias 73, 708.
Culpa 188 ff., — *Aquiliana und Extra-Aquiliana* 189, — bei Obligationen 189, 446, — Beweis ders. 191, — Gattungen ders. 189 f., — Grade ders. 189, — in abstracto 191, — *in contrahendo* 191, — in custodiendo und eligendo 446, — *in faciendo* und in non faciendo 189, — lata und levis 189, — Praestation ders. 190.
Cultur von Ländereien als Eigenthumserwerb 321.
Cura 621, 642, — absentis 643, — bonorum 643, — furiosi 641, — hereditatis 284, 643, — impuberum 643, minorum 642, — personarum debilium 644, — prodigi 641, — Unterschied derselben von der Tutel 621.
Curator bonorum 643, — — absentis 643, — legitimus 643, — *massae* 449, — pupilli 643, 731, — ventris nomine 643.
Curatorium 634.
Curien, Curiatcomitien 20, 612 ff., 674.
Curswerth 147.
Custodia 189, — rerum 603, 621, 643 f.
Cyprianus 12.
Cyrillus 66.

Damnatio ad metalla 98, 113.
Damni infecti cautio 302, 306.
Damnum 443, — circa rem 444, — coactis hominibus datum 513, — *commune* und *singulare* 444, — corpore corpori datum 515, — *emergens* 441, — extra rem 444, — infectum s. cautio, — iniuria datum 515, — turba datum 518.

Danz 78.
Dare, dicere, addicere 206, — obligatio ad dandum, faciendum, praestandum 410.
Darlehensvertrag 481.
Dasumii testamentum 5.
Datio 410, 485, — credendi animo 481, — donandi animo 183, 438, — dotis 577, — ex causa 485, — in adoptionem 613, — *in solutum* 441. — legati 738, 743, 753, — ob causam, rem 485, — solvendi animo 441.
Debitor 158, 428, 414 ff., 537, — cessus, 429, — — Einreden desselben gegen den Cessionar 429.
Decemviri leg. scrib. s. lex. XII. tabl. 58, — stlitibus iudicandis 209.
Decendium (fatale) 198, 277.
Decissiones quinquaginta 62.
Decreta und interdicta 231, — principum 26.
Decretum de alienando 631, — D. Marci 205.
Decurionen 212, 616, 736.
Dediticii 121.
Deductio 247, — quae moribus fit 339, — bei der Schenkung 186.
Defensores 207, 218.
Deichlast 375.
Deiectio 204, 298, 346.
Deiectum vel effusum 528.
De iure fisci comment. inc. auctoris 9.
Delation der Erbschaft 654, 715 ff. — — — Aufhebuugsgründe ders. 732, — — — der Vormundschaft 621.
Delationsgründe 654, — Verhältniss ders. zu einander 655.
Delator 686.
Delegatio 545.
Delibatio hereditatis 737.
Deliberationsfrist 718 ff.
Delicta 126, 188 f. 509, — extraordinaria 126, — famosa 126, — Klagen aus dens. 126, 188 f., 509 ff., — Obligationen aus dens. 509 ff., privata u. publica 126, 188 f., 509 ff.
Dementia 134.
Demonstratio 244.
Denarii 147
Denuntiare de evictione 495 f.
Denuntiatio an den debitor cessus 428, — im Prozess 254, — an den Verpfänder 400, —an den Verkäufer 494.
Deposition der Leistung 540, — der Vormundschaft 634.
Depositum 488, — der Testamente im Tempel 713, — *irregulare* 488, — *miserabile* 488.
Dereliction 348, — der Servituten 361.
Derelictionstheorie 295 [2].
Derivativer Erwerb 154.
Dernburg 52, 97.
Derogatio legis 44.
Descendenten, Succes. ders. 613, 666, 669, — uneheliche, Erbrecht ders. 672.
Desuetudo 34, 44.
Detention 290.
Deterioratio der Emphyteusis 370, — periculum deteriorationis 446.
Detestatio sacrorum 674.
Deutsche Reichsgesetze 72.
Dictator 207, 208.
Dictio dotis 577.
Diebsgriff 299.
Diebstahl s. furtum.
Dienstmiethe 500.
Dienste, Vergeltung geleisteter 500.
Dies, a quo und ad quem 177, — sextus prior et posterior 194, — cedens, cedit venit 176, 747, — certus 177, — fasti 58, 197, — incertus 177, — intercalaris 195, — *interpellat pro homine* 447, — legati cedit und venit 747 f., — nefasti 58, 197, — obligationis 447, — solutionis 447, — veniens 176, 748.
Diffarreatio 568.
Digesta (Iustiniani) 62.
Diligentia in abstracto u. *in concreto* 189.
Dilucida intervalla 134, 642.
Dingliche Rechte 81.
Dinus Mugellanus 73.
Discidium 593 f.
Dispositionsbefugniss 162.
Dispositivgesetze 16.
Dissensus 540 ff.
Dissuasio legis 23.
Distractio pignoris, Wirkungen ders. 388, 400.
Divisio in lineas 671, — parentum inter liberos 680.
Divortium 593.
Dolo malo desiit possidere 263, 341, — — liti se obtulit 263, 341.
Dolose Repudiation 710.
Dolus 166, 189, — als Restitutionsgrund 281, — *causam dans* 166, — — in Obligationen 166, — *incidens* 189, — bei letztwilligen Verfügungen 689, 710.
Domicilium 135, 215.
Dominium 300, — *directum* 304, 377, — *divisum* 304, — ex iure Quiritium 301, — ex utroque iure 302 f., — in bonis 301, — litis 217, — peregrinorum 302, — *revocabile*, *revoc. ex nunc*, *revoc. ex tunc* oder *pendens* 310 ff., — *utile* 304, 377.
Dona sponsalicia 563, 572, 589 f.

Donatio 183, — ante (propter) nuptias 589 f., — Arten ders. 185, — Erfordernisse 183 ff., — grosse 183 f., 784, inofficiosa 187, 704, — inter virum et uxorem 572, — inter vivos 183, — mortis causa 712 ff., — omnium bonorum 188, — propter nuptias 589 f., — remuneratoria 187, — Revocation ders. 187, — simplex und sub modo 187 f., — Wirkungen ders. 188.
Donellus 74.
Donum matutinum 591.
Dorotheus 66.
Dos 575, — adventicia 576, — aestimata 576, — Begriff und Arten ders. 575 f., — Bestellung ders. 576 f., — Ersatz der Verwendungen auf dieselben 578, 588, — *necessaria* 576 f., profecticia 576, — recepticia 576, — Rechte der Frau an ders. 581, — Rechte des Mannes an ders. 579, — Rechtsverhältnisse ders. während der Ehe 579, — relegata s. praelegata 756, — Schicksal ders. nach getrennter Ehe 582 f., — *voluntaria* 576.
Dositheus 9, 51.
Dotal-Früchte, Theilung ders. 586, — Klagen 579, 586, — Sachen 579.
Dotationspflicht, 556.
Dotalicium 591.
Dotis constituendae legatum 756, — dictio 557, — numeratio 266, 579, pollicitatio 557, — promissio 557, — restitutio 582 ff.
Drohung s. metus.
Duarenus 74.
Ducenarii 178.
Duoviri 207.
Duplae stipulatio 495 [28].
Duplex iudicium 210.
Duplicia iudicia 234.
Duplicatio 210.
Dupondius ex asse 722.
Durantis 73.
Dux 213.

Edictalladungen *cum praeiudicio praeclusi* 236.
Edicta magistratuum 27, — principum 26.
Edictum aedilicium 28, — Aquilianum 166, — Carbonianum 731, — Cassii de dolo 166, — circumducitur 254, — Claudii 437, — de alterutro 587, — Diocletiani 212, 218, 677, — Hadriani 29, — Commentare dazu 29, — Octavii de act. et except. metus 163, — perpetuum 28, — — praefecti 27, — praetorium 28, — principis 26, — provinciale 29, — repentinum 28, — Salvii Iuliani 29, — successorium 658, 667, — Theodorici 61, — tralaticium 28.
Editio actionis 253, 259.
Effusum v. deiectum 528.
Ehe 551 ff.
Ehe als Successionsgrund 667, 670, 672, — Auflösung ders. 592, — Beurkundung ders. 560, — ohne Erlaubniss 561, — der Minderjährigen 561, — Einfluss ders. auf das Vermögen 573 ff., — Eingehung ders. 563, — zweifache 126, 598, — Kinder aus derselben 596, — zweite 598.
Ehebruch 593, 595.
Ehegatten, persönl. Verhältniss ders. 570 ff., — Verhältniss ders. in Betreff der Kinder 596.
Ehehindernisse 556 ff., 561.
Ehelosigkeit 554, 581, 685, — Dispensation davon 561.
Ehescheidung, Form und Strafen 593, 595.
Ehre, bürgerl. 125.
Ehrenminderung 125, 130.
Ehrlosigkeit 129.
Eid 268, s. auch iuramentum, — Begriff und Arten 268 ff., — materielle Erfordernisse dess. 270, — Wirkungen dess. 270.
Eidstab 478 [5].
Eigenmacht 203.
Eigenthum 300, — an allen Dotalsachen 579 f., — Begriff dess. 300, — Beschränkungen dess. 304 ff., — — in Betreff der Veräusserung 309 f., — Beschränkungen in Betreff der Vindication 309, — Beschränkungen in Betreff des Wasserlaufs 307, — Beschränkungen in Betreff der Zeit 310, — Beweis dess. 341, — bonitarisches 301, — — Entstehungsgründe 313 ff., — Erwerb dess. 313 ff., — — Erfordernisse dess. 313, — fingirtes 301, 342, — getheiltes 304, — Klagen aus dems. 337 ff., — nutzbares 304, 377, — quiritarisches 300, — schwebendes 310 a. E., — Veräusserungsverbote dess. 309 f., — Verlust dess. 348, — widerrufliches 310.
Eigenthumserwerb durch unfreiwillige Repräsentanten 94, 116, 171 f., 603.
Eigenthümer, Rechtsmittel dess. 337 ff.
Einheit des Orts, der Zeit und der Handlung beim Testamente 677.
Einreden s. exceptio.
Einschränkung von Rechtssätzen 42.
Einseitige Obligationen 160, 227, 412,

Eintritt in die Stelle eines andern Pfandgläubigers 398.
Einwilligung in fremde Handlung 168.
Eisern-Viehcontract 499.
Elterliches Recht 602.
Emancipatio 618, — Anastasiana, — *Germanica*, — Iustinianea 618.
Emblemata Triboniani 63 f.
Empfangstheorie 460.
Emphyteusis 368 ff., — Errichtungsurkunden 5.
Emphyteuta, Fruchterwerb dess. 333, 370, — Rechte und Verbindlichkeiten dess. 370 f.
Emtio-venditio 491, — *rei speratae* und *spei* 492 8.
Endigung der locatio-conductio 500, — der Obligationen 537, — der Rechte 192, — der Servituten 365, — der Societät 503, — der väterlichen Gewalt 617, der Vormundschaft 633.
Endtermin für dingliche Rechte 177, 310, 365, — für Obligatienen 177, 549.
Enterbung 696, — Gründe dazu 705 f.
Entschädigung bei d. Expropriation 309, — bei der Vindication 338, 495 28, — bei Nichtbestellung von Servituten 361, — bei nicht erfülltem Vertrag 191.
Entstehung der Emphyteusis 370, — der jurist. Personen 140, — der Obligationen 456 ff., — — durch Stellvertreter 467 ff., — der Rechte 182, — des Pfandrechts 337 38, 392 ff., — der Servituten 358, — der Superficies 373, — der väterlichen Gewalt 609, — der Vormundschaft 621 ff.
Entwährung der dos 579, — des Kaufobjects 495 28, — der Schenkung 186 f., — des Verpfänders 401 f., — Vertrag darüber 533.
Entwendung s. furtum, — unter Ehegatten 571.
Enuptio gentis 559.
Episcopalis audientia 213.
Epistola D. Hadriani 433.
Epistolae principis 26.
Epitome Gaii 8, 81, — Iuliani 65.
Eremodicium 254.
Erbeinsetzung 688 f., — der Notherben 696, 707, — ex re certa 723.
Erben, Rechtsmittel ders. 726, — — bei der Quarta Falcidia 751, — Verhältniss ders. zu einander 721.
Erbfähigkeit 663.
Erbfolge aus dem Testamente 673 ff.
Erbpacht 371.
Erbrecht 646, — juristischer Personen 684.
Erbschaft 646, 648 ff., — Acquisition oder Antretung ders. 715 ff., — Ausschlagung 575, — — dolose 710, — Delation 654 ff., — Delationsgründe, Verhältniss ders. zu einander 655 ff., — Erwerbung ders. 715, — nach prätor. Rechte 718, — Wirkung der Erwerbung 719.
Erbschaftsklagen 786.
Erbschaftsveräusserung 730, — Vertheilung 721, — Verträge 655.
Erbtheile, bei der Intestaterbfolge 670, — bei der Testamentserbfolge 721.
Erbtheilung 721.
Erbverträge 654.
Ereption wegen Indignität 687 f.
Erfüllung der Bedingung 116, 716, — der Obligationen 439, 537.
Erfüllungsversprechen 534.
Erlassvertrag 541.
Erlöschung der Rechte, ipso iure und ope exceptionis 192. S. auch Endigung.
Eröffnung des Testaments 713.
Errantis non est voluntas 164.
Errichtung der codicilli 745, — der Testamente 673 ff., — der Vermächtnisse 744 ff.
Error 164, — bei der bon. fidei possessio 164, 289, 327, 333, — bei der Tradition 333, — bei letztwilligen Verfügungen 690, — bei Verträgen 164, — Beweis dess. 164, — echter 164, — entschuldbarer 164, — essentialis 164, — facti 164, — in der Subsumtion von Thatsachen unter eine Rechtsregel 164, — in domino 327, 333, — iuris 164, — bei der condictio indebiti 484 4, — — dabei privilegirte Personen 165, — bei der Ersitzung 328, — probabilis 164, 327 38, — unechter 164, — unentschuldbarer 164.
Erroris s. causae probatio 610.
Erscheinen im Termin 253 ff. 259, — — Verhindern daran 519.
Ersitzung des Eigenthums 321 ff., — der Erbenqualität 323 (u. im 5. Buch), — der Freiheit 100, — als Endigungsgund der Emphyteusis 371, — — des Pfandrechts 406, 407, — bei Reallasten 378 17, — der Servituten 300, — als Erlöschungsgrund der Servituten 66.
Erwerb der dinglichen Rechte 318, 319, — der Emphyteusis 370, — der Rechte 157 ff., — der Servituten 358 ff., — der Superficies 373, — der Vermächtnisse 311, 748, — des Eigenthums 313, — des Erbrechts 715, — des Herrn durch den Sclaven 94,

113, — durch den in mancipio Befindlichen 116 f., — durch den statu liber 113, — des parens durch seine Kinder 603, — des Pfandrechts 392 ff., — des Universalfideicommisses 750, — des vermachten Rechts 311, 748, — durch Succession 158, — in Folge Veräusserung 182, — ipso iure 157.
Erwerbsgenossenschaften 139.
Erwerbsgesellschaft 502.
Erzeugnisse s. fructus und specificatio.
Erziehung der Kinder 602, — des Mündels 633.
Erzwungener Erbschaftsantritt 759, 761, — Nachlass 441 f.
Essentialia negotii 161.
Eventualmaxime 252.
Eviction s. Entwährung.
Exaequatio legatorum et fideicommissorum 743.
Exceptao personae s. personae.
Exceptio, Begriff und Arten 247 ff., — annalis Italici contractus 495 [28], — bonae fidei possess. 343, — *cedendarum actionum* s. *benefic.* ced. act. — compensationis 247, 546 f., — *competentiae* 274, — dilatoria 248, — *divisionis* s. *benefic. divis.* — doli 166, 249, — generalis 249, 342, — — specialis 249, — dominii 342, — *excussionis* s. *benefic. excuss.* — — *personalis* und *realis* gegen die Pfandklage 391, 405, — in favorem debitoris 437, — in odium creditoris 483, — iudicati 273, — iurisiurandi 550, — in ius und in factum, in personam und in rem 210, — im Legisactionenprozess 251, — litis pendentis 221, 261, — metus 163, — nisi exhibeat, nisi restituat 249, — *non adimpleti contractus* 463, 494, — *non numeratae dotis* 248, — *non numeratae pecuniae* 248, 463, 494, — *non solutae pecuniae* 248, 463, — *ordinis* s. *benefic. excussionis.* — peremtoria 250, — popularis 251, — potioris pignoris 398, 401, — praeiudicialis 728, — *praescriptionis* 198, 250, — quod praeiudicium hereditati non fiat 728, — rei cohaerens und personae cohaerens 250, — rei in iudicium deductae 221, 260, — rei iudicatae 221, 260, 273, — rei venditae et traditae 342, — retentionis 204, 342, — SC. Macedoniani 483, — SC. Velleiani 437, *solutionis* 248, 265 f., 538, — *spolii* 347, — *sub- et obreptionis* 27, — temporalis 250, — temporis 198, 250, — transactionis 550, — vitiosae possessionis 345.
Exceptiones, Rechtsgrundsätze ders. 247, — Verjährung ders. 252.
Excerpte zur Herstellung der Justinianischen Rechtssammlungen 62.
Excusatio (necessaria und voluntaria) bei Vormundschaften 627 f., — bei Richtern 258.
Excusationsprozess bei der Tutel 627.
Excussio s. exceptio excussionis.
Execution der Urtheile 283 ff., — der Testamente 714 f.
Exegetische Schriften 65 f., 68, 73 f.
Exercitor navis 95, 171, 476, 605.
Exheredatio 696 f., 705 ff., — ab omnibus gradibus 697, 707, — *bona mente facta* 709, — post mortem exheredati 697, 707.
Exhibitio 530
Existimatio 125.
Expilata hereditas 654.
Expensilatio 480, 541.
Expromissio 430, 545.
Expropriationsrecht 309.
Extra ordinem, extraordinaria cognitio 220, 258.
Extraneus manumissor 117, 569, 618.

Fabius Mela 50.
Facere als Gegenstand der Obligation 410, — Verurtheilung dazu 260.
Facultas alternativa 412.
Factio forensis 112.
Fähigkeit zur Vormundschaft 626.
Fahrniss 647.
Fahrwegsgerechtigkeit 292.
Fährregal 382.
Falsa causa, falsa demonstratio non nocet 690.
Falsum nomen 690.
Falsus tutor 638.
Familia 88, 674.
Familiae emtor 675.
Familienfideicommiss 756 ff., — deutschrechtliches 648, 758.
Familiengericht 583, 601.
Familienrath 633.
Familienrecht s. Ehe, väterliche Gewalt, Vormundschaft.
Farreum 566.
Fatuus 134.
Faustpfand 387.
Fehler der körperlichen Bildung 131, 557, — beim Verkauf 495.
Fein 76.
Feminae probrosae 686, 688.
Fenster 354.
Fenus nauticum, unciarium 154.
Ferien s. dies nefasti.
Ferruminatio 336.

Festus 11.
Fictio 245, — legis Corneliae 96, — divortii 581.
Fictus possessor 264, 309, 341.
Fideicommissum 740, — *heredi praesenti iniunctum* 746, — hereditatis 758, — *in id quod supererit* 761, — tacitum 687.
Fideiussio 419, 431 ff.
Fideiussor. Einreden dess. 433, — *indemnitatis, securitatis, succedaneus* 431.
Fidepromissio 431 f.
Filius familias 89, 600 ff.
Finden eines Schatzes 317.
Fines 305 ff., 344.
Fiscalische Veräusserungen 319, 408.
Fischereiregal 382.
Fiscus 141, 736.
Flaccus; Granius 57.
Flamen Dialis 566, 568.
Gn. Flavius 45, 58.
Florentinus 56.
Flossregal 382.
Flumen, Flüsse 145, 334.
Foenus s. fenus.
Foerster 77, 338 [9], 646 [1].
Folter 103 [16], 733 [6].
Forderung 81, 408.
Forderungskauf 427.
Form der Rechtsgeschäfte 167.
Formae praef. praet. 27.
Formalcontracte 453.
Formelverfahren 243.
Formula, Bestandtheile ders. 244, — arbitraria 231, 249, 340, — hypothecaria 405, — in factum concepta 226, — in ius concepta 226, — in personam concepta 231, — petitoria 340, — prohibitoria 232, — Aufhebung 258.
Formulae de dolo malo 166, 249.
Formularprozess 243 ff.
Forum, *continentiae causarum*, contractus, delicti commissi, *extraordinarium*, domicilii, *gestae administrationis, ordinarium*, originis, *privilegiatum, prorogatum, rei sitae, reconventionis* 214 ff.
Fraenckel'sches Testament 684.
Fragmenta Ulpiani 9, — Vaticana 60.
Fragmentum de iure fisci 9, — Dositheanum 9, — Ulpiani 9.
Franziskanerklage 230.
Frauen 131, — in Bürgschaften 437 ff., — im Erbrecht 664, 668, 672, — unter Vormundschaft 638, — vor Gericht 216, 217.
Freiheit s. a. status libertatis.
Freilassung des Sohnes 618, — des Sclaven s. manumissio, — griechische Schrift darüber 9.
Frigidi 557.
Fristen 177, 195.
Frohnden 375.
Fructus, — exstantes, — *industriales* 152, — licitatio 233, — *naturales* 152, — percipiendi 152, — sine usu 355 f.
Früchte 152, — Ersatz ders. von Seiten des bonae und malae fidei possessor 263, — bei actiones bonae fidei und stricti iuris 227.
Fruchterwerb 289, 333.
Früchte der dos 578, 586, — Recht d. Pfandgläubigers auf d. Früchte 407.
Fufidius 50.
Fundus dotalis 580.
Fungibilien 147.
Furcht s. metus.
Furiosus 134, 641, — curator dess. 641, — Verpfleger eines solchen 688.
Fur semper moram facere intelligitur 447.
Furtum 510, — exhibitum 513, — conceptum, oblatum, prohibitum 512, — manifestum 511, — possessionis 510, — rei alienae 510 f., — rei ipsius 510, — rei propriae 510, — usus 510.
Fusswegsgerechtigkeit 352.

Gaii institutionum commentarii 8, — epitome 8.
Gaius 8, 52, 63.
Gantschuldner 115 f., 283 ff., 448 f.
Gastwirth, Verpflichtung dess. 534 f.
Geburt als Erforderniss der Persönlichkeit 84 f., — als Grund der väterl. Gewalt 609, — eheliche und uneheliche 135, — monströse 84, 555.
Gefährliche Thiere, Halten ders. 519.
Gefälle 374.
Gefangenhaltung (widerrechtl.) eines Menschen 524.
Gefangenschaft 96, 115, 285, 524, — Loskaufung aus ders. 99.
Gegenseitige Obligationen 160, 221 f. 412.
Gegenstand der Klage s. actio in rem und in personam, — der Obligationen 410, 412, 439 ff., — des Pfandrechts 389 ff., — des Vermächtnisses 744 f., 752 ff.
Gegenstände der Rechte 80 f., 157.
Geisteskrankheit 134, 641.
Geistliche, Verfügungen über ihren Nachlass 715.
Geld 439, — Commixtion dess. 337.
Geldschulden, Einfluss der Münzveränderung auf dieselben 439 f.
Gellius 11.
Gelübde 530.

Gemeines Recht 1.
Gemeinschaft 344, 508. 725.
Gemeinschaftliche Testamente 690.
Genehmigung s. Ratihabition.
Generelle und spezielle Vermächtnisse 753.
Genossenschaften 139 f.
Gentes 20, 89 f., 664.
Gentiles, barbari 560.
Genus legatum 753.
Gerade 647.
Gerichtsbarkeit s. iurisdictio.
Gerichtsferien s. dies nefasti.
Gerichtsgebranch 36.
Gerichtsstand 214 ff.
Gerichtsverfassung vor Constantin 206 ff., seit Constantin 213 f.
Germani 136.
Gesammtnachfolge 158.
Geschäfte s. Rechtsgeschäfte.
Geschäftsführung s. negotior. gestio.
Geschäftsobligationen 450 ff.
Geschäftsurkunden 5.
Geschlecht 131.
Gesellschaftsvertrag 502.
Gesetz 19 ff., — Abfassung dess. bei den Römern 23, — Abfassung der heutigen Gesetze 32, — Anwendung dess. in Ansehung der Personen 37, — Anwendung dess. in Ansehung der Zeit 40, — Anwendung dess. in örtlicher Beziehung 38, — Aufhebung dess. 44, — Auslegung dess. 41, — Beweis dess. 36, 264, — Promulgation und Publication 32.
Gesetzesurkunden 4.
Gesetzliche Zinsen 153.
Gesetzliches Pfandrecht 395, — Recht 19 ff., — — Verhältniss dess. zum Gewohnheitsrechte 34, 44.
Gespilderecht 381.
Geständniss 267.
Gestio in der Vormundschaft 621, 629, — negotiorum 507, — pro herede 717.
Gesundheit, körperliche u. geistige 134.
Gewagte Geschäfte 465 f., 492 [8].
Gewährleistung wegen Eviction 494. — wegen heimlicher Mängel 495 f.
Gewalt s. metus.
Gewere, hebbende, juristische, rechte 292, — nutzbare 641 [19].
Gewerbe 130.
Gewichte, römische 10, 147.
Gewissens-Vertretung 256.
Gewohnheitsrecht 33 ff., 44, — heutige Anschauung 34 [3].
Glans 308.
Glaubwürdigkeit der altrömischen Geschichte 3 f.
Gläubiger, absolut privilegirte 449, — Classification ders. im Concurs 449.
Glosse, glossa ordinaria, Glossatoren 695.
Glück 75, 76.
Glücksverträge 465, 492 [8].
Godofredus, Dionys. und Jacob. 74.
Grabmal, Verletzung dess. 137, 518.
Grade der culpa 189 f., — der bonorum possessio 666 f., — der justinian. Intestaterbfolge 669, — der Substitution 693, — — — bei der Enterbung 697, — der Verwandtschaf 136.
Granius Flaccus 57.
Gregorianus 59.
Grenzen, Grenzstreitigkeiten 344.
Griechisches Recht nach Justinian 67.
Grossjährigkeit 133 [7].
Grotius 74.
Grundsteuer 375.
Grundzinsen 375.
Gültigkeit des römischen Rechts 70 f.
Güter aufgehobener juristischer Personen 142.
Gütergemeinschaft 574.
Gütervereinigung 574.
Güterrecht der Ehegatten 573 ff.
Gütersysteme, deutschrechtliche 574 f.

Habere licere 492 [2].
Habitatio 357.
Hades 161.
Haeretiker 130, 662.
Haftung der Bergwerke, Eisenbahnen etc. 446, — für casus 446, 498, — culpa *in contrahendo* 191, — für fremde culpa 446, — für Thiere 518.
Halbjuristische Schriftsteller 10.
Halten gefährlicher Thiere 519.
Hand muss Hand wahren 338.
Handelsgesellschaften 139 f. 502 [2].
Handlung durch Stellvertreter 170, 217, 296, 467 ff., 603, 629, 718.
Handlungen 159, — prozessualische 253 ff., — unerlaubte 159, 188, 509 ff.
Handlungsfähigkeit 167.
Handschriften s. Urkunden.
Harmenopolus, Hexabiblos 68.
Hasta 210.
Hauptmängel 496.
Hauptsache 150 ff.
Hauskinder 89 ff., 601 ff., — Intestatsuccession in deren Vermögen 607, 608, — testamenti factio activa ders. 681.
Haverei 501 [24–26].
Heer-Einstandsvertrag 501.
Heergeräthe 647.
Heimliche Mängel 495 f., — nach deutschem Recht 496 [30].
Heineccius, Heinecke 75.
Heirath des Vormunds mit seiner Mündel 126.

Hellfeld 75.
Heredes coniuncti 724, — extranei 663, — necessarii 664, — sine parte und sine partibus instituti 721 f., — sui 644, 664, 696, 735, — voluntarii 717, 735.
Heredis institutio 689.
Hereditas 646, 648 ff., — acquisita 719, 735, — adimi non potest. 651, 735, — cum und sine re 661, — damnosa 652, — delata 654, 715, — fideicommissaria 758 ff., — *iacens* 650, — legitima 663 ff., — testamentaria 673 ff., — Verhältniss ders. zur bonor. possessio 661.
Hereditatem adire 717.
Hereditatis petitio 226, 726, — ab intestato 698, 702 ff., 708, — partiaria 727, — possessoria 657, 727, — *qualificata*, 727, — Subjecte und Objecte ders. 727, — Wirkungen ders. 728 f., — petitor und possessor, Verhältniss ders. zu Dritten 728 f., — curator 234, — possessio 292, 323, 653, — transmissiones 732.
Heres ex asse s. ex duodecim unciis 721 f., — ex re certa institutus 722 f.
Herkommen, Beweis dess. s. Gewohnheitsrecht.
Herkunft 134, 214.
Hermaphroditen 131.
Hermeneutik s. Interpretation.
Hermogenianus 57, 59.
Herrenlose Sache 143, 317 ff.
Herrschaft der Gesetze 37, 38, 40.
Hinkende Geschäfte 463 [7].
Hochverräther, Kinder dess. 662.
Höhe der Gebäude 305.
Höpfner 75 [10].
Hoffnungskauf 492 [8].
Hofmann 443.
Holzschuher 76.
Homines qui in mancipio sunt s. mancipium.
Homo alieni iuris 89 ff., 601 ff., — sui iuris 89 ff., 601 ff.
Honorirte bei Vermächtnissen 744 f.
Hostis 15, 323.
Huber, Ulr. 74.
Hugo 75.
Hugo de porta Ravenn. 69.
Hüterrecht 353.
Huschke 10.
Hygini Gromatici libell. const. 61.
Hypotheca 388 f., — privilegirte 403.
Hypothecarische Succession 398.

Jacobus de porta Ravenn. 9.
Jactus missilium 295 [2].
Jahr 195.
Jagdrecht 348.
Jagdregal 380.
Iavolenus 49, 50.
Ignominia 125, — ex edicto und censoria 125.
Ignorantia facti, — iuris 164.
Jhering 4 [7], 77, 78, 288 f., 674 [3].
Illation der dos 573.
Imaginaria vindicatio 106, 161.
Immissionis 203, 253, 301, 302, 397. 729, 749.
Impensae 155, — auf die dos 588.
Imperium merum, mixtum 206.
Impetratio dominii 401.
Impossibilium non est obligatio 159.
Improbus 125, 685 ff.
Impuberes, Klagen ders. 266, — Mangel der Testirfähigkeit ders. 266, 681 ff.
Impubes 715.
Inaedificatio 336.
In bonis esse 302.
Incapacität 685.
Incendium, ruina 488.
Incest, incestuosi 135, 682.
In condicione positus 689.
Incorporation eines beneficium 159 [7].
Indebitum 484, 507.
Indefensus 253.
Indicienbeweis 266.
Indignitätsfälle bei Erbschaften, bei Legaten 687.
Infamia *facti* 126, — *iuris* 126, — — Entstehungsgründe ders. 126, — heutige Anwendbarkeit ders. 130, — *immediata* 126, — *mediata* 126, — Wirkungen ders. 127.
Infans, infantia 132.
Infantiae proximus 133.
Infitiari 275.
Ingenuität 111.
Ingratitudo des Beschenkten 187, — des Emancipirten 610, — des Freigelassenen 98.
Inhaberpapiere 425.
In integrum restitutio 280 ff., — gegen den Erwerb des Erbr. 735, — ex generali clausula 281, — propter capitis diminutionem 91, 281, 614.
In iure cessio 314, — bei Vormundschaft 639, — bei Erbschaft 664, — servitutum 358.
Iniuria atrox 516.
Innere Rechtsgeschichte 2.
Innominatcontracte 451, 489.
Inofficiosität 702.
Insania 134.
Inschriften 4.
Inscriptio und subscriptio 678.
Inseln, neue 375.
Insinuatio bei Schenkungen 185, 764.

Insolvenz 113 f., 283, ff., 448 f.
Institor 95, 476, 605.
Institutio ex re certa 567.
Institutionen 1, 64, 71, s. auch Gaius.
Institutionenvorlesungen 2.
Institutionsunfähigkeit 681 ff.
Insula nata 335.
Intentio 244.
Intercession. Begriff und Arten 429 ff., — der Frauenzimmer 437 f.
Interdicta 231 ff., — de locis et itineribus publicis 232, — duplicia 234, — exhibitoria 232, — mixta 233, — possessoria 233, 345, — prohibitoria 232, — recuperandae et retinendae possessionis 233 ff., 346, — restitutoria 232, — simplicia 234, — zum Schutze öffentlicher Plätze, Wege, Flüsse u. dgl. 232.
Interdictenbesitz 290 f.
Interdictum Cascellianum 03, — de aqua 363, — de arboribus caedendis 308, — de clandestina possess. 347, — de cloacis 308, — de fonte 364, — de fonte reficiendo 364, — de glande legenda 308, — de itinere actuque privato 363, — de itinere reficiendo 363, — de liberis ducendis 603, — de liberis exhibendis 603, — de libero homine exhibendo 524, — de loco publico fruendo 232, — de migrando 500, — *demolitorium* 526, — de mortuo inferendo 518, de opere restituendo 526, — de precario 347, — de rivis 364, — de sepulcro aedificando 518, — de superficiebus 373, — de tabulis exhibendis 714, — de uxore exhibenda ac ducenda 570, — de vi armata 346, — fraudatorium 524, — ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est 203, 253, 301, 302, 397, 729, 749, — possessorium 233, 345, — prohibitorium ex operis n. n. 526, — quam hereditatem 234, 729, — quem fundum 346, — quem usum fructum 364, — quod clam 526, — quod legatorum 751, — quod vi aut clam 526, — quorum bonorum 729, — Salvianum 388, 406, — sectorium 125, — secutorium 233, — unde vi 346 — uti possidetis 233, 289, 345, — utrubi 233, 289.
Interesse als Erforderniss der Rechtsgeschäfte 157, 350, 408 3, — als Gegenstand der obligatio 408, 409 3, 444, — loci 227.
Internationales Privatrecht 38 ff.
Interpellation 447.
Interpolationen Tribonian's 63.
Interpositio auctoritatis 621, 629.
Interpretatio 41, — authentische und Usualinterpretation 34, 41, — declarativa 42, — der Rechtsgeschäfte 181, — der iura singularia und specialia 43, — doctrinelle 32, — extensiva 43, — grammatische 42, — im engeren Sinne 43, — logische 42, — restrictive 42, — vermittelst des argumentum a contrario 43.
Interrogatio testium 677.
Interrogationes in iure 255.
Interusurium 442.
Intervalla lucida 134, 641.
Intervention 430.
Intestabiles 128.
Intestaterbfolge 663, — der Arrogirten und Adoptirten 615, — der Ascendenten nach Nov. CXVIII: 669 ff., — der Descendenten nach Nov. CXVIII: 669, — der Ehegatten 667, 670, 672, — der Eltern und Geschwister 669, — der Enkel 669, — der Kinder 663, 666, 668, 669 f., — der Mutter 668, 669, — der Seitenverwandten 669, 670, — der Seitenverwandten nach Nov. CXVIII: 669 f., — der unehelich Geborenen 672, — des parens manumissor 668, 700, — des socius liberalitatis imperialis 736, — des Vaters 609, 668, 672, 700, — des Verpflegers eines Wahnsinnigen 688, — gewisser Corporationen 736, — halbbürtiger Geschwister u. Neffen nach Nov. CXVIII: 670, — in das peculium *adventicium* vor Nov. CXVIII: 609, — in das peculium *adventicium* nach Nov. CXVIII: 609, — in das pecul. castrense 607, — in das Vermögen eines Emancipatus 668, 700, — nach altem Civilrecht 663, — eines Freigelassenen 665, 667, 673, — nach späterem Civilrecht 668, — nach späteren kaiserl. Verordnungen 669, nach Novelle CXVIII: 669, — Ordnung ders. 670, — vollbürtiger Geschwister und Neffen 670.
Inundatio 335 4.
Invecta und Illata s. intd. Salvianum.
Inventarium des Erben 720, — des Vormunds 633.
Ioannes Glossator 73, 708.
Joh. Lydus 11.
Ipso iure, Entstehung der Rechte 157, — — Endigung der Rechte 192.
Irrige Bezeichnung des Erben 690.
Irnerius 69.
Irrthum s. error, — bei letztwilligen Verfügungen 690.
Irrthum bei Verträgen s. error.

Isidorus 11.
Iter 308, 352, — ad sepulcrum 308, 352, 366.
Iteratio 120.
Juden 131.
Iudex 211, — delegatus 207, 212, — ordinarius 207, — pedaneus 212, — qui litem suam fecit 280, 529.
Iudicat s. res iudicata.
Iudicatus 115, 242, 272 f., 283.
Iudicia s. actiones und condictiones.
Iudicis postulatio 211, 244.
Iudicium dare, denegare 244, — calumniae 486, 516, — Cascellianum 233, — contrarium 221, — Curianum 694, — de moribus 588, — deserere 254, — duplex 210, — familiae herciscundae 725, — imperio continens 221, — in iurante 270, — legitimum 221, — quadruplex 210, — *rescindens*, *recissorium* 232, — tutelae 635.
Salv. Iulianus 29, 51, 59, 666.
Iuliani Novell. epitome 65, — paraphr. 66, — Iunius Mauricianus 51.
Iura in re aliena 305, 349 ff. — legirte 747, — in rem und in personam 81, — singularia 83.
Iuramentum s. Eid, — *assertorium* 268, — calumniae 268, — *conventionale* 268, — *corporale* 269, — delatum u. relatum 256, 268, — in litem 269, — necessarium 268, — *promissorium* 268, — *purgatorium* u. suppletorium 268, — voluntarium 268, — *Zenonianum* 269.
Iure (de) fisci 9.
Iuridici 208.
Iuris consulti 30 ff., 45 ff., 219.
Iurisdictio 206 f., — delegata, mandata 207, — ordinaria 207, — dictio voluntaria 206.
Iuris quasi possessio 292.
Juristenrecht 30 f.
Juristen, römische in ihrer Aufeinanderfolge 30, 45.
Juristische Personen 137, — Erbeinsetzung ders. 684, — Handlungsfähigkeit ders. 139, — Successionsfähigkeit ders. 138, 684, 747, — Vermögen der aufgehobenen 140.
Ius 13, — abstinendi 735, — accrescendi, Grundsätze dess. 723, — bei Collegataren 747, — — bei der Intestaterbfolge 671, — — bei der querela inofficiosi testamenti 702, — — beim legatum ususfructus 747, — — bei der testamentarischen Erbfolge 723, — Aelianum 58, — altius tollendi und non tollendi 354, — annulorum aureorum 112, — Anteiustinianeum 57, — civile 14, — commune 17, — deliberandi 719 f., — *dispositivum* 16, — distrahendi 388, 400, — *dominii impetrandi* 401, Flavianum 58, — generale 17, gentilicinm s. gent., — gentium 14, — *Graeco-Romanum* 67 f., — honorarium 29, — honorum 123, 127, in rem und in personam 81, — Italicum 123, — Latii maius und minus 119, — liberorum 556, 668, — naturae 14, — non scriptum 19, 33, — nudum Quiritium 302, — *offerendi* 398, — Papirianum 57, — particulare 17, — personarum 52, — *poenitendi* 490, — postliminii 99 f., — postulandi 127, 217, — praediatorium 242, 315, 324 — privatum 16, *prohibitivum* 16, — protimiseos 370, 380, 532, — publicum 16, — quaesitum 26, 40, — quod ad personas, res, actiones pertinet 52, — *recadentiae* 301, — repraesentationis 442, — scriptum 19, — singulare 17, — speciale 17, — spolii 714, — suffragii 123, 127, — tollendi wegen impensae 151, 588, — universale 17, — vendendi und vitae et necis des pater familias 601.
Iusiurandum 268, s. auch iuramentum und Eid.
Iusta causa bei der traditio 313, 319, — bei der usucapio 313, 321, — nicht nöthig bei Ersitzung der Servituten 327, 361.
Iusta und iniusta possessio 291.
Iustinian, seine Gesetzgebung 62, — Gesetzbücher 62 ff., — Widersprüche in denselben 66, s. auch Antinomien. — — nicht glossirte Stücke ders. 70.
Iustitia in iurando 270.
Iuventius Celsus, Vater und Sohn 46.

Kalender, römischer 195.
Kanonisches Recht 72.
Kapacität 685.
Kapital 153.
Kaptatorische Dispositionen 692.
Kauf 491, — in Bausch und Bogen 496, — bricht Miethe 500, — Gegenstand dess. 492, — nach Maass, Zahl oder Gewicht 493, — Nebenverträge bei dems. 495 f., 531.
Käufer, Verbindlichkeiten dess. 494 f.
Kaufpreis 491.
v. Keller 76.
Kenntniss des Rechts 36, 264.
Ketzer 128, 130, 575, 662.
Kinderlosigkeit 655, 685.
Kindesrecht 602.
Kirchen, anerkannte 130 f., — bene-

ficium dationis in solutum ders. 441, — als Corporationen 141, — Emphyteuse an ihren Grundstücken 371, — Erbeinsetzung ders. 680, 684, — Ersitzung gegen diese 323, 332, — Sachen ders. zum Gottesdienst 144.
Klagen s. actiones, condictiones, iudicia, — Anstellung ders. 235, — Arten 219, — Aufhebung ders. 236, — Begriff 219, — Begründung ders. 224, 235, 299, Concurrenz ders. 237, — Consumtion ders. 261, — Nativität ders. 224, 235, 299, — subsidiäre 235, 238, — Uebergang ders. auf die Erben 237 f., — Verjährung 238.
Klassen der Intestaterben 666. 669 ff.
Klassification der Gläubiger 448 f.
Kriegel 72.
Kriegsgefangenschaft 96. 99.
Kritik 42.
Krüger 64 ff. 72.
Kultur der Ländereien 321.
Kunst bei den Römern 752 [2].
Kuntze 77.

Labeo 49, 74.
Laboulaye 79.
Laelius Felix 51.
Laesio bei der Restitution 280. *enormis s. ultra dimidium* 490. 496.
Landsiedelrecht 372.
Landstrassenregal 382.
Latina libertas 105.
Lassalle 645 [1], 655 [5], 664 [4], 690 [10], 720 [7], 737 ff., 758 [1].
Latini 104 ff., — Iuniana 119.
Laudatio auctoris 341.
Laudemium 371. 375.
Laudum homologatum 535.
Lauterbach 74.
Lebensdauer 86.
Lebensfähigkeit 85 [3].
Legare 574. 737.
Legatarius, Rechtsmittel dess, 738 ff. 743. 753 ff.
Legati 28.
Legatum s. auch Vermächtnisse 737, — ad tempus 756 f., — *conditionale* 745, — debiti 755, — generis 753 f. — liberationis 756, — optionis s. electionis 754, — partitionis 758, — per damnationem 739, — per praeceptionem 739 — per vindicationem 738 — rei alienae 739 f., 745, — sinendi modo 739 — speciei 753 — universitatis 755, — ususfructus 747. 748.
Leges 19, - annuae 28, - centuriatae 20, — curiatae 20, — *damnatae* s. o. unter *cruces. LCtorum.* - *dispositivae* 16, — duodecim tabularum 58, — *erraticae* 63 — fenebres 154, — *fugitivae* 63, — *geminatae* 63, — Iuliae iudiciariae 211, 243, — imperfectae 18, — minus quam perfectae 18, — municipales 7, — perfectae 18, — plus quam perfectae 18., — populi 19, — prohibitivae 16, — regiae 57, — *restitutae* 70, — Romanae barbaronum 61, — Semproniae 124, — tributae 22.
Legis actio 161, 241 — per condictionem 242, — per iudicis postulationem 241, — p. manus iniectionem 242, — p. pignoris capionem 243, — sacramento 241.
Legitima persona standi in iudicio 216.
Legitima portio 701, 752.
Legitimae usurae 154.
Legitimatio 92, 616, — *per oblationem curiae* 616, — *per rescriptum principis* 617, — *per subsequens matrimonium* 616, — *per testamentum.* 617.
Legitimum iudicium 221.
Legum Mosaicanum et Roman, collatio 60.
Lehnsretract 380.
Lehnwaare s. laudemium.
Lehrbücher des römischen und gemeinen Rechts 76.
Leibgeding 591.
Leibnitz 2, 75, 443.
Leihcontract 487.
Leinpfadsregal 382 [30], 309.
Leist 76.
Leistung 231, 244, 260, 283, 286, 409, 439 — an einen Dritten 538, — der Aestimation 231. 440, 444 — eines Dritten 537.
Lenocinium 126, 618.
Lentulus 742.
Letztwillige Verfügungen 673, 740, 747, — ad pias causas 680 — Ausführ. ders. 714, — — Beweis ders. 713 — — materielle Erfordernisse ders. 680. — — Nebenbestimmungen bei dens. 690 — Selbstständigkeit ders. 689, 715, 746. — Vollständigkeit ders. 689.
Läugnen des Besitzes 340.
Levis nota 128.
Leyser 74.
Lex als Eigenthumserwerb 315 lex s. auch leges, — lex Acilia 6, Aebutia 243, Aelia Sentia, 103, 120, 121, — agraria 6, 314. Anastasiana 426, — Beweislast bei ders. 426, Antonia Cornelia 6. Appuleia 432, — Aquilia 189 f., 470, 514 f., Einfluss eines Obligationsverhältnisses auf die lex Aq. 189. Erweiterung

der lex Aq. durch d. Doctrin 515, Inhalt ders. 470, 514 f., Atilia 624, Atina 322, bonorum vendendorum 284. Caecilia Didia 23, Calpurnia 242, Canuleia 599, Cincia 18, 183, Claudia 640, commissoria 388, 532, coloniae Iul. Genet. Ursonis 711, Cornelia de edictis magistrat. 30, Cornelia, fictio leg. Corn. 97, — Cornelia de falsis 678, — de iniuriis 516 — de sponsu 433 — de testamento 678 de usuris 154, Dei 60, *Diffamari* 235, domicilii 38, Duilia Maenia 154, duodecim tabularum 58, Fabia 104, 524, Falcidia 750 f., — Flavia 7, — *Frater a fratre* 604 23, — Furia Caninia 105, — de legatis 749, — de sponsu 432, Gallus 683 31, — generalis 17, Genucia 154, Horatia Valeria 22, Hortensia 22, Hostilia 217, imperfecta 18, Iulia et Titia 624, Iulia de adulteriis 580, 594, Iulia de aere alieno 285 — de fundo dotali 580, — de maritandis ordinibus 554, 685, — de vi 514, — de vicesima hereditatum 713 — et Papia Poppaea 554 f., 685, 713, — et Plautia de vi 323, — — et Titia 624, — iudiciaria 211, 243 — Maenia de dote 579, 582, Marcia 154, — Mensia 124; Miscella 599, — municipalis 7, 305, — Iunia Norbana 104, 118, 686, — Velleia 683, — Licinia Iunia 24, Mamilia 344, mancipii 114, Marcia 154, 243, Mensia 124, minus quam perfecta 18, Papia s. Iulia et Papia, Papiria 554, Papiria tabellaria 24, perfecta 18, Pesulania 512, Petronia 93, Pinaria 257, Pompeia de sponsu 432, Portia 124, Plaetoria 642, Plautia 323, plus quam perfecta 18, Poetelia 116, Publilia 22, 432, regia de imperio 7, 26, *rei sitae* 39, Rhodia de iactu 501, Romana Burgundionum 61. — Visigothorum 61, Rubria 6, Scribonia 360, Sempronia 124, Servilia repetund. 7, *Si contendat* 236, Silia 242, singularis 17, 83; specialis 17, 81, Thoria agraria 6, Valeria fenerat, 154, 432, Vectibulici (Veti Publicii) 23, 102, Visellia 112, Voconia 750.

Libelli, Libellprozess 259.

Libellus conventionis 259, — divortii 593, — resposionis 259.

Liberalität 183.

Liberatio legata 756.

Liberi naturales 135, 554, 616. 672.

Liberorum quaerendorum causa 120.

Liberti 109, — im Erbrecht 665, 667, 673 f.

Libertinus, libertus 109.

Libripens 114, 674.

Lichtgerechtigkeiten 354.

Lichte Zwischenräume 184, 642.

Linea 641, 671.

Linealsystem 647.

Linealtheilung 671.

Lipenius 75.

Liquidität der Forderungen 546.

Lis contestata 221, 261, 416, 436.

Lis vindiciarum 339, 657.

Literae imperatoriae 25, — commonitoriae 254, — induciales s. respirationis 442.

Literatur des Civilprozesses 266, — des Civilrechtes 73 ff.

Litigiosität 263.

Litis aestimatio 227, — consortium 237, — contestatio 261, — — Wirkungen derselb. 262, — denunciatio 255. 259.

Liti sese obtulit (qui) 263.

Litigare cum poena, cum periculo 231.

Litispendenz, Verjährung ders. 238.

Locatio-conductio 497, — Beendigung ders. 500, — *irregularis* 501 — operarum 500, operis 501, — *operis irregularis* 501, — rerum 497 ff.

Location der Gläubiger 449 ff.

Locator 497.

Locus religiosus 144 — solutionis 443.

Longi temporis possessio 325. — — quasi possessio 361.

Longissimi temporis praescriptio 332.

Loskaufen vom furtum oder der rapina 127.

Lucida intervalla 134, 642.

Lucra nuptialia 595 f. 599.

Lucrum cessans 444.

Luftzug zur area 307.

Luitionsrecht 401.

Lumina s. Lichtgerechtigkeiten.

Lydus, Ioann. 11.

Maasse römische 147.

Aemil. Macer 56.

Maecianus, M. Volus. 10, 42. L. Volus. Maecianus 53.

Mackeldey 77.

Magister militum 213, — navis s. actio exercitoria.

Magistratus maiores und minores 206.

Maior aetas 133.

Mahlzwang 379.

Mala fides superveniens 199, 328, 361.

Malae fidei possessor in Betreff der Accessionen u. Früchte 263.

Malae fidei possessor in Betreff der Impensen 151.

Malen 336.
Mancipatio in ihrer Anwendung für die verschiedensten Rechtsgeschäfte und Form ders. 105, — bei der adoptio 613 [22], — bei der emancipatio 618, — bei der Veräusserung von res mancipi 145[1], — beim Testament 674 f.
Mancipium 116.
Mandans, Verbindlichkeiten dess. 504, — u. Mandatarius, Verhältniss ders. zu Dritten 171 f., 468 ff., 504 f.
Mandata principum 26.
Mandatarius 505.
Mandator 437.
Mandatum Begriff und Erfordernisse dess. 504, — agendi bei der Cession 424 f., — Beendigung dess. 506, — Entgeltlichkeit dess. 505 [7], — *qualificatum* 437, — tua gratia 504.
Mängel, Gewährleistung wegen ders. 495.
Manifestationseid, über den Betrag der Erbschaft 721.
Manilius, M. 46.
Manualia 48.
Manufideles 715.
Manum conserere 339.
Manumissio 105 ff. — adoptione 107, — censu, 106, testamento 106, vindicta 105, — in circulium 105, — in fraudem creditorum vel patroni 104, — in sacros. eccles. 108, — unfeierliche d. Sclaven 108, — Zahl ders. 105.
Manus 91, 553, 556.
Manus iniectio 115, 242 — pro iudicato und pura 242.
Marcellus, L. Ulpius 54.
Marciani notae 32.
Marcianus, Aelius 56.
Marezoll 77.
Martinus 69, 584.
Massegläubiger 449.
Matthiae 47, 77.
Matthiastag 195 [3].
Mauricianus, Iunius 49, 53.
Maximae usurae 154.
Maynz 77.
Membranae 48.
Mensis intercalaris s. Mercedonius 195.
Mensor 517.
Mente captus 134, 564, 702.
Merces, merx 492, 497.
Metallwerth 147.
Methode der Darstell. d. röm. Rechtsgesch. 2.
Metus 162, 689.
Miethe 497.
Miether, Verbindlichkeiten dess, 498 f.
Miles ignominiae causa missus 127.
Militia 120, 404, 702.
Minderjährige, Klagen ders. 281, 642. — Verpflichtung ders. 133, 642 f.
Minderjährigkeit, Restitution wegen ders. 133, 281.
Minderungsklage 496.
Mineralien 308.
Minores 133, 281, 632, 642 f.
Minucius Natalis 51.
Minuta existimatio 125.
Missio ex primo decreto 203, 302 397, 749, — ex secundo decreto. 203, 302.
Missiones in bona 203, 283, 302, 397, 749, — — absentis, latitantis, non respondentis 253, — militares honestae 5, — — ignominiae causa 127.
Missio in possessionem *Antoniniana* 749, — — damni infecti nomine 302, 316, — — ex Carboniano edicto 711, — — ex lege ult. Cod. de edicto D. Hadriani toll. 729, 749, — — furiosi nomine 730, — — legatorum servandorum 749, — — ventris nomine 731.
Mitbesitz 291.
Miteigenthum 304.
Miterben 721 ff.
Mitgift 575.
Mittheilung der Klage 255, 259.
Mitvormünder 629, 637.
Mobiliargemeinschaft 574.
Modestinus, Herenn. 31, 56.
Modus 178, — *acquirendi* 313 — bei letztwilligen Verfügungen 178, — zwingt, aber suspendirt nicht 178 [3].
Möglickeit der Leistung 159, 464.
Mommsen 16 [1], 71.
Monat 196.
Monstrum 85, 555.
Mora 417 — des Gläubigers 448.
Moral 13.
Moralische Personen 157 ff.
Moratorien 442.
Morbus comitialis s. maior 134, — sonticus 134.
Morgengabe 591,
Mortis causa capio 764, — — donatio 762.
Mortuarium 375.
Motive der Eigenthumsübertragung 320 [14], — der Erbeinsetzung 690, — der Gesetze 42; s. auch ratio legis.
Mucianus Dives 46.
Mucius s. Scaevola.
Mühlenbann 375.
Mühlenbruch 76.
Mühlenregal 382.
Münzen als Rechtsquellen 4.
Münzfuss 147,
Münzregal 382.
Münzsorten bei der Zahlung 440 f.
Münzveränderung, Einfluss ders. 440.
Münzwerth 147, 440.

Münzwesen der Römer 147 f., 4.
Muliebria passi 126.
Multa poenitentialis 253, 466, — Klage darauf 253.
Mundium 640.
Municipalmagistrate 207.
Municipium 123, 207.
Mutuum 481 ff.
Mutuus dissensus 541.

Nachbarlosung 381.
Nachgraben nach Metallen 308.
Nachjustinian. griech. Recht 67.
Nachlass erzwungener 441 f.
Nachtheile des verletzten Trauerjahrs 596.
Nachtheile der zweiten Ehe 598.
Näherrecht 380 f.
Namur 78.
Namusa, Avid. 46.
Narbengelder 516.
Narratio 262.
Nasciturus 85.
Natalium restitutio 113.
Nativität der Klage 199, 224.
Naturalia negotii 161.
Naturalis obligatio 410, — des Pupillen 630, — im Falle der väterl. Gewalt 604.
Natürliche Person 84.
Naturrecht 14.
Nautae 128, 534 f.
Navicularius 736.
Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte 173 ff., — in Testamenten 690 ff.
Nebensache 150 ff.
Neffen, Erbrecht 670.
Negatives Vertragsinteresse 191.
Negatoria in rem actio 343, — Publiciana 343.
Negotia iuris, Begriff und Arten 159. — Bestandtheile ders. 161, — *bilateralia* 160, — bonae fidei 161 f., 226, — *claudicantia* 463, — *dissimulata* 167, — inter vivos und mortis causa 160, — nulla 172, — pendentia 148, — praeterita 40, 174, — *simulata* 167, — stricti iuris 161, 226 f., — *unilateralia* 159, — utilia 180.
Negotiorum gestio, Begriff und Erfordernisse derselben 507, — Verhältniss des dominus und gestor zu Dritten 171, 474, 508, Verhältniss des dominus und gestor zu einander 508.
Neidbau 306.
Nennwerth 147.
Neratius Priscus 49, 51.
Nerva, M. Coccei. 49, 50.
Nerva Fil. 49. 50.
Nexu vinctus 115.
Nichtgebrauch der Privilegien 88, — der Servituten 366.
Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte 180.
Nichtigkeitsklage 180, — Beschwerde 277.
Nichtjuristische röm. Schriftsteller 11.
Nichtschuld 484 f., 507.
Niederlegung der Vormundschaft 628, 634.
Niessbrauch s. ususfructus.
Nihil tam naturale est etc. 192.
Nomen appellativum und proprium 600, —arcarium 480, — legatum 755, — in tabulas referre 480.
Nominatio auctoris 341.
Nominatores 626, 636.
Noodt 74.
Non usus s. Nichtgebrauch.
Norma agendi 13.
Nota censoria 126. — levis 128.
Notherbfolge 696, — d. Geschwister 701, — des Patrons und Quasipatrons 700.
Notherbenrecht 69, — berechtigte Subiecte dess. 696, 701, — nach Nov. CXV. 705, — Formen der Einsetzung 696, 708, Formen d. Ausschliessung 696, 707, — Subjecte und Inhalt dess. 696, 701. 705, — Verhältniss dess. zum früh. Notherbenrecht 707.
Nothweg 312, 361.
Nothwehr s. Selbsthülfe.
Notitia dignitatum 10.
Notorität 266.
Novae clausulae 29.
Nova clausula Iuliani 666.
Novatio 542, — bei Correalobligationen 408, — *necessaria* 543, — *qualificata* und *simplex* 543, — tacita 261, 543, — voluntaria 543.
Novellen 65 f. — Ausgaben ders. 41, Auszug von Athanasius, Julianus Theodorus 66, — Justiniani 65 f., — Leonis 68, — Marciani 60, — nicht glossirte Stücke derselben 70, — Theodosii et Valentiniani 60.
Novelle CXV. 705. — Rechtsmittel aus ders. 708.
Novelle CXVIII. 669.
Noxae datio des Hauskindes 116, 221, 602, — — des Sclaven 95, 221.
Nuda praecepta 180, 504.
Nuda proprietas, nudum ius Quiritium 301.
Nullität 180, — der Testamente 709.
Nullitätssystem 708.
Nunciatio operis novi 525.
Nuncius 172, 457, 468, 475, 476.
Nutzungsrechte 300.

Obervormundschaft 632.
Oblatio curiae 616.
Obligatio 409, *alternativa* 413, Arten ders. 410, — auf ein non facere 412, — Aufhebung derselben 537, — aus Delicten 509 ff., — bonae fidei u. stricti iuris 226 ff., 412, — certa u. incerta 412, — civilis, honoraria, 410, — Collision mehrerer 448, — correalis 415, — — Entstehungsgründe ders. 450, — — Erlöschungsgründe ders. 514, — Entstehung durch Verträge 450 — Entstehung zu Folge unmittelbarer gesetzlicher Bestimmung, *ex lege* 529, — *dividua* 412, — faciendi 410, 412, — Geldinteresse bei dens. 409, 440, — Gegenstände derselben 419, — Hauptarten 410, — *individua* 412, — in solidum 415, — literarum 377, — naturalis 410, — *pro rata* 414, — rei s. Pfandrecht — *solidarische* 415, — verborum 447, — Wirkungen ders. 439.
Observanz 34.
Occasio legis 42.
Occentare 515.
Octavenus 51.
Occupatio 299, 316 f., 323, 348.
Odofredus 73.
Oeffentliches Recht 16, — Testament 678.
Official-Maxime 260.
Ofilius 29, 48.
Omnis causa 338.
Onerirter bei Vermächtnissen 737, 740, 744, — Rechte dess. 750. — Wegfall dess. 752.
Ope exceptionis 192.
Operae fabriles und officiales der Freigelassenen 110, — liberales 500, — illiberales 500, — — honestae, locari solitae 500, — servorum et animalium 358.
Operis novi nunciatio 525.
Optio legata 754, — tutoris 640.
Oralfideicommiss 746.
Oratio Marci et Commodi ad Aufidium Victorinum 100. — D. Severi de praediis rusticis et suburbanis non alienandis 630, — de donat. int. v. et ux. 572.
Orbus 685 ff.
Ordinaria cognitio 220, 258.
Ordo iudiciorum privatorum 209, — succedendi 664, 666, 669.
Originärer Erwerb 157 f.
Origo 134, 214.
Ornamenta 306, 496.
Ort der Erfüllung, 443 — des Gerichts 227, 246.
Ortsinteresse 227, 443.
Osculum interveniens 563.
Osuna, Stadtrecht von O. 7. f.

Pachmann 78.
Pacht 497 ff.
Paconius 56.
Pacta 160, 450 ff., — *adiecta* 452, 531, — dotalia 578 f., — *legitima* 452, 536, — nuda 452, — pignorum 388 ff., — *praeparatoria* 453, 387, *praetoria* 452, 534. — *vestita* 452, 531.
Pactiones et stipulationes bei der Bestellung von Servituten 359, — beim Universalvermächtniss 758.
Pactum *antichreticum* 407, 533, — *constituti possessorii* 296, 533, — — de donando 156, 418, — de iureiurando extraiudiciali 550, — de mutuo dando 453, — de non alienanda re 309, 532, — de non petendo 541, 435, 428 24, — — in personam oder in rem 542, — *de praestanda vel non praestanda evictione* 533, — *de retro emendo und retro vendendo* 532, — *displicentiae* 532, — fiduciae 115, 386, 521, 568, 613, 618 — *hereditarium* 654, — hypothecae 388 ff. — legis commissoriae 388, 532, — *legitimum* 452, 536, — *praetorium* 452, 534, — *reservatae hypothecae* 533. *reservati dominii* 532.
Paenula 132.
Palatini in officio rei privatae 498.
Pandectae 48.
Pandekten 62 ff., — Ausgaben ders. 71. — Justiniani 62 ff., Handschriften ders. 71, — Lehrbücher und Vorles. 2, 74, — nicht glossirte Stücke ders. 70, — Recht, Begriff dess. 2. — — Quellen dess. 2. 72.
Papianus 61.
Papinianus 31. 54.
Papirius Justus 53, 58.
Papirius, Sext. 57.
Parapherna 592.
Paraphrasen zu Justinian's Sammlungen 65 f.
Parentelen-Ordnung 136, 647.
Parteien 216.
Partes pro indiviso und pro diviso 148 f., 291, — solo concursu fiunt 651, 671, 723 f.
Partitio legata 758.
Partus ancillae 336.
Pasquillanten 128, 516.
Pater familias 88, 601. ff., — solitarius 685.
Patria potestas 88. 601 ff.
Patricier 20 ff., 559, 673.

Patronatsverhältniss s. patronatus.
Patronatus 109, — obsequium, reverentia 109, — Präsumtion zu Gunsten dess. 87 [7].
Patroni als Sachwalter 219.
Pauli Rec. Sent. 9.
Paulus 9, 29, 31, 55.
Paulus Diaconus 11.
Pauperies 518.
Peculium 95, 606, *adventicium* 608 f. — — *irregulare* 602, — *regulare* 608 f., — castrense 607, der Hauskinder 606, — — Succession in dass. 607, — *profecticium* 95, 606. — — der Sclaven 95, 113, — quasi castrense 607.
Pecunia traiectitia 154.
Pegasus 49, 50.
Perceptio fructum 333.
Perduellis, 597, Söhne dess. 662.
Periculum 444 f., — bei der dos. 452, — beim Kauf 446, 493, — bei Obligationen 444 f., — bei bedingten Obligationen 446, — deteriorationis 445, — im Falle der mora 447, — interitus 445.
Periodisirung des röm. Rechts 3.
Permutatio 490, — dotis 578, 580.
Perpetuatio obligationis 237, 263, 543,
Persecutiones s. extraordin. cognitio.
Person 84, — juristische 84, 137, — — Einsetzung ders. 684, physische 84 ff.
Personae coniunctae 184, 186, 716, 723, — decem 668, — exceptae 184, — incertae 682, 684.
Personalarrest, 115, 203, 283, 286.
Personalservituten 354.
Persönliche Rechte 81.
Persönlichkeit 84, — Beendigung ders. 85, — Enstehung ders. 84.
Pertinentien 150.
Petitio tutoris et curatoris 626, 641 f.
Petitor und possessor hereditatis 727 ff.
Pfalzgrafen 617.
Pfändungsrecht, eigenmächtiges 205.
Pfandcontract 386 ff., 392 ff.
Pfandgläubiger absolut privileg. 403, 449, — Rechte dess. 399. — Retentionsrecht dess. 402, — Verhältniss. ders. unter einander 403.
Pfandklagen 405 ff.
Pfandprivilegien 403, — Concurrenz ders. 403.
Pfandrecht 384 ff., — accessorische Natur dess. 384, — am ganzen Vermögen 385, 390, — an dinglichen Rechten 385, — an Forderungen 385, 389, — an universitates rerum 320, 385, — Erlöschung dess. 407, — Erwerb dess. 392, — Gegenstände dess. 385. — Geschichte dess. 386, — gesetzliches 395, — in Betreff der Früchte 399, — in Rücksicht auf eine obligatio naturalis 384, 411, — in Rücksicht auf eine zukünftige Forderung 393, — privilegirtes der Ehefrau 403 f., 589, — privil. des Fiscus 403, — — der Kinder 403, 589, — — propter creditum in rem versum 403, — Umfang dess. 385, — Untheilbarkeit dess. 385.
Pfandschuldner, Rechte dess. 406.
Pfandseparatisten 391, 449.
Pfandvertrag 387 ff., 392 ff.,
Pflicht des Erben zur Erfüllung der Dispositionen d. Erblassers 309, 720.
Pflichttheil 700, 752, — Art und Weise d. Hinterlassung 701, — berechtigte Subjecte des. 702. — der armen undotirten Wittwe 672, — des Patrons und parens manumissor 700., — Grösse und Berechnung dess. 700, 705, — Rechtsmittel wegen dess. 702 ff., 708.
Pictura 336.
Pignus 385 ff., 387, — *conventionale* 392, — generale 390, 102, — in causa iudicati captum 397, — *iudiciale* 397, — — Verkauf dess. 400, — legale 395, — *necessarium* 392, — nominis 389, — praetorium 397, — *privatum* 392, — *publicum* 394, 405, speciale 313, — tacitum 395, — *testamentarium* 394, — *voluntarium* 392.
Pium corpus 141 f., 680, 684.
Plantatio 336.
Plantius 50.
Plebejer 20 ff., 559, 674.
Plebiscita 23.
Plus petitio 273.
Poena commissa 466, — compromissa 535, — privata 234, 509 ff., 516 [10],
Poenae secundarum nuptiarum 598. — temere litigantium 275.
Poenalklagen 234, 509 ff.
Poenalvertrag 466.
Politik 14.
Pollicitatio 530.
Pomponius, Sextus 49, 52, 52 [38].
Popularklagen 234.
Portentum 85, 555.
Positum et suspensum 529.
Positus in condicione 689.
Possessio 287, — civilis 290 f. — *corporis derivata* 290. — ficta 264, — iuris 292, — iusta und iniusta 291, — naturalis 290, — pro herede 299, 323, — pro possessore und pro praedone 727, — vitiosa 291.

Possessorische Interdicte 288, 345 ff., 363 ff., — bei Reallasten 379.
Postglossatores 73.
Postliminium 99. f.
Postregal 382.
Postulatores tutorum 492, 501.
Postumus 663, 683, 699. — alienus 683, — *Aquilianus* 683, — legitimus 683. — *Salvianus s. Iulianus* 683. — suus 520, 682, — *Velleianus primi (capitis)* 683. — — *secundi (capitis)* 683.
Potentior 217, 426, 510.
Potestas 88 ff.; 93, 116, 516, 601 ff., 620 ff.
Potestativbedingung 115, 691.
Pothier 74.
Potioris nominatio 628.
Praeceptionslegat 739.
Praedia rustica 146, 639, — urbana 146, — suburbana 146, 630, — vicina 350, — von einem Fluss durchschnitten 353 [10].
Praediatura 324.
Praedium dominans 349, — serviens 339, 353 [10].
Praedo 727.
Praefectus praetorio 27, 28, 206, 208, 213, — urbi 206, 208, 243.
Praejudicialklagen 223, 433.
Präiudicienbücher 37.
Praeiudicium hereditati non fiat 728.
Präelegat 748 f.
Praelegatum dotis 587.
Praemium emancipationis 619.
Praescriptio 198, 246, — *definita* 169, — *indefinita* 199, — *dormiens* 239, — *immemorialis* 199, — longi temporis 325. — — Unterbrechung ders. 239, 330, — *longissimi temporis* 332, — *quiescens* 239, 329, — temporis 198.
Praescriptiones, pro actore und pro reo 246.
Praeses provinciae 28, 206, 207 f.
Praestation der culpa 190.
Praestationes personales 344, 725.
Praesumtio doli 191 [10], — *Muciana* 303, — pro libertate 182.
Praesumtiones *hominis, iuris, iuris et de iure* 264.
Praeterition formeller Notherben 696, — Folgen ders. 677 f.
Praetoren 28 f., 206, 207, 280, 657, 665.
Praetorisches Eigenthum 301.
Praevaricatio 127, 278.
Praxis s. Gerichtsgebrauch.
Precarium 296, 347, 487 f.
Preis, pretium beim Kauf 491.
Princip der Publicität des Pfandr. 394.
Princip der Specialität des Pfandr. 397.
Priorität der Pfandrechte 403 ff.
Priscus Vulcinius 51.
Privation. 371. 373.
Privatrecht 16.
Privatrechtl. Abhängigkeit s. potestas.
Praesumtive dos. 577.
Privatstrafe 234, 509, 510 [8].
Privattestamente 677.
Privilegia, Begriff und Arten ders. 81, — des Cedenten 428 f. — des Intercedenten 433 f., 436, 437, — Enstehung und Wirkung ders. 82, — Erlöschung ders. 82 f., — — durch Nichtgebrauch 82 f.
Privilegirte Pfandrechte 403, — Testamente 679.
Privilegium *ad instar* 82, — causae 81, — *conventionale* und *non conventionale* 82, — dotis 403, 586 [5], 589, — exigendi 449, — *favorabile* 82, — *gratiosum* 81, — *odiosum* 81, — *onerosum*, personae, *personale* und *reale* 82 f.
Probatio s. Beweis, — anniculi ex lege Aelia Sentia 610, — causae ex lege Ael. S. 103, 120, — causae ex senatus consulto s. erroris 610, — *diabolica* 341, — doli et re 191 [9], — in perpetuam rei memoriam 266, — pro exoneranda conscientia 256.
Probrosae feminae 686 f.
Probus, M. Valer. 10.
Procopius 12.
Processhandlungen 241 ff.
Processverjährung 238.
Processzinsen 273.
Procente 153 ff.
Proconsul 28, 206, 207 f.
Proculianer 49.
Proculus 49.
Procurator in rem suam 424.
Procuratoren 211, 424.
Prodigus 134, 642.
Professoren der Jurisprudenz 504 [4].
Pro herede gestio 717.
Prohibitio 527 f.
Prohibitivgesetze 17.
Promulgation der Gesetze 32.
Propraetor 28, 206, 207 f.
Proprietas nuda und plena 302.
Proprietätsrechte 300.
Πρόχειρος νόμος 67.
Prospectus 354.
Protestation 201.
Protutor 637.
Proxeneta 468.
Provinciae Caesaris, Senatus populique Romani 28.
Provocatio ex lege Diffamari 235.
Provocatio ex lege Si contendat 236.
Pubertas 132.

Pubertas plena 133.
Pubertati proximi 133.
Publicani 141, 243, 315, 499, 518.
Publicatio bonorum 124, 315.
Publication der Gesetze 32, — der Testamente 559.
Publiciana in rem actio 289, 342.
Publicität der Corporationen 140, — des Pfandrechts 394.
Puchta 16, 77.
Pufendorf 75.
Punctationen 453, 463.
Pupillarsubstitution 544.
Purgatio morae 448.
Putativer Titel 327.

Quadruplex judicium 210.
Quaestio Domitiana 51.
Quaestiones 48.
Quaestiones perpetuae 126.
Quaestoren 28, 207, 208.
Quanti actoris interest s. juramentum in litem.
Quanti ea res est oder erit 444.
Quantum aequius melius sit 226, 246.
Quarta D. Pii 612, — Falcidia 750 f., *Trebellianica* 760.
Quasicontracte 506.
Quasidelicte 450, 528 f.
Quasi longa possessio 361, — patronat 568, 618, — possessio 292, 360, — pupillarsubstitution 695, — traditio 297, 359, — ususfructus 356.
Quatuorviri 207.
Quellen des Rechts. 4, 19, 57 ff., — Definitionen und Stichsätze aus denselben 801—810.
Querela inofficiosae donationis s. dotis 704.
Querela inofficiosi testamenti 702, — *non numeratae dotis* 266, — — — *pecuniae* 266, — *nullitatis* 180, — *nullitatis iuris antiqui* 698, — — — *novi* 708.
Quintus Flavius Maximus 112 [25].
Quittung 266.

Rapina, rapta bona 513.
Rath 504.
Ratihabition 168.
Ratio iuris 17.
Ratio legis 42, 43, — einzelne Fälle ders. 426 [16], 439 [58—59].
Raub 513.
Raymund de Pennaforte 35 [5].
Realarrest 203.
Realcaution 202 f.
Realcontracte 451, 481.
Realisirungstheorie 458.
Reallasten 374 ff., — Entstehung ders. 377, — Erlöschen ders. 379, — Ersitzung ders. 378, — ihre rechtliche Natur 376 f., — neuere Gesetzgebung 377, — petitor. und possessor. Rechtsmittel 378 f., — Rückstände 379, — Umwandlung in Capitalschuld 380, — Verjährung ders. 378 [17].
Realservituten 350.
Reception des röm. Rechts 70.
Receptae sententiae des Paulus 9, 29.
Receptum arbitri 535, — nautae, cauponis et stabularii 534 f.
Rechnungsfehler 272.
Rechnungslegung des Erben 720, — der Mutter vor Eingehung einer neuen Ehe 598, — des Vormunds 633, 637.
Recht, Begriff und Arten 13, s. a. jus, — der Wissenschaft 30, 32, — im objectiven und subjectiven Sinn 1?, — im subj. Sinn, Arten dess. 81, — positives 14, — Quellen dess. 19, — Verschiedenheit nach Inhalt, Umfang und Wirkung 17.
Rechte an Rechten 143. Sachen 81, 300 ff., — Ausübung ders. 81, — Concurrenz und Collision ders. 194, — dingliche 80, 300 ff., Erwerb ders. 157, — durch Succession 158, — Erzwingbarkeit ders. 81, — persönliche 80, — theilbare und untheilbare 149, — Verfolgung, Vertheidigung und Sicherung ders. 201 ff., — Verlust ders. ipso iure und ope exceptionis, 192 — Verzicht auf dies. 193.
Rechtsbücher 57 ff.
Rechtserwerb 157.
Rechtsfähigkeit 84, 162.
Rechtsgeschäfte 159, — Auslegung ders. 181, — Begriff und Hauptarten ders. 159, — Bestandtheile ders. 161, — Convalescenz und Conversion ungültiger 131, — Erfordernisse ders. 156, 161, — Formen ders. 167, — Nebenbestimmungen ders. 173, — Ungültigkeit ders. 180, — zwischen Vater und Hauskind 604.
Recchtsgeschichte, röm. 2 ff., 52 [38].
Rechtshülfe, Störung ders. 278, 519.
Rechtsirrthum s. error iuris.
Rechtskenntniss des Richters 36, 264.
Rechtsmittel 276 ff.
Rechtsmittel aus Nov. CXV: 708.
Rechtsparömien-Sammlung 801—810.
Rechtspilosophie 14.
Rechtsquellen 19, 57.
Rechtsnachfolge 157 f.
Rechtsschule, historische 75.
Rechtsschulen bei den Römern 64 — im Mittelalter 69 f., — zu Bologna 70, — zu Pavia, Ravenna 69.

Rechtssprechende Magistrate 206.
Rechtsvermuthungen s. Präsumtion.
Rechtswohlthaten 83.
Recitatio des Urtheils nach Justinian.
Rechte (ex periculo) 260, — der Testamente 713.
Rectores provinciarum 213.
Recuperatores 103, 211.
Redotatio 579.
Reformatio in pejus 279 [13].
Regalien 381 ff.
Register, öffentliche 140, 394.
Regress der Bürgen 433, 436, 437, — der Correalschuldner 418.
Regula Catoniana 745.
Reichsgesetze deutsche 72, — — gegenwärtige 34, 130, 131, 133, 140, 144, 156, 376, 402, 446, 493, 497, 502, 506, 510, 560, 565, 595, 813.
Rein 12 [35], 77.
Rei, plures bei Obligationen 414 ff.
Reisende 534 [19].
Rei vindicatio 337 ff., — — in der Form der legis actio per sacram. 338, — — per formulam petitoriam, per sponsionem 340, — — Einreden gegen dies. 342, — — Subjecte und Objecte ders. 283, 338, — — utilis 342, 371, 372 — — Verbindlichkeiten des mit ihr besiegten Beklagten 263, 338.
Relativer Erwerb 158.
Religion 130, — Aenderung ders. als Bedingung 175 [7], — als Ehehinderniss 560 [45].
Relocatio 500.
Remancipatio 568, 613, 618.
Remedium ex l. 2. Cod. de rescind. vendit. 497 [33], — *ex l. ult. Cod. de edict. D. Hadriani tollendo* 729 — *ex Nov.* 115: 708.
Remissio canonis 369, — bei der operis novi nunciatio 526, — des Pachtzinses oder mercedis 499, — pignoris 391.
Remissorische Geschäfte 541.
Remotio suspecti tutoris 634.
Renaud 260, 374.
Remuneration für Dienste 500.
Remuneratorische Schenkungen 187.
Rente, Schenkung einer jährl. 763 — legirte 747.
Rentenbanken 380.
Rentenkauf 155 [29], 377 [12].
Renunciatio 193, 542, — mandati 506. — societatis 503, — SC. Velleiani 438.
Reparaturkosten 155, 315.
Replicationes 249.
Repraesentanten der juristischen Personen 139.
Repräsentation des Erblassers durch den Erben 646, 648.
Repräsentationsrecht der Erben 671.
Repraesentationis commodum 443.
Repromissio 203, 231, 257, 276, 340.
Repudiation des Erbrechts 732, — Vermächtnisses 747, 752, in fraudem legatariorum 710, — als Veräusserung 182 [3].
Repudium 593.
Res 143, — accessoria 150, — Begriff ders. 143, — bewegliche und unbewegliche 146, — communes omnium 145, — connexae s. compositae 149, — *consumtibiles* 148, — corporales et incorporales 143, — der Kirche 144, 323, 332, — des Regenten 323, — der Städte 323, — derelictae 142, 288, — dividuae und individuae 148, — divini juris 143, — einfache und zusammengesetzte 149, — *fungibiles* und *non fungibiles* 147, — furtivae 322, — futurae als Gegenstand der Verpfändung 394, — Haupt- und Nebensachen 150, — in commercio und extra c. 143, 464 [5], — in patr. und extra patr. 143, — iudicata 272, — — Voraussetzungen ders. 272, — — Wirkungen ders. 273. — litigiosae 263, 310, — mancipi und nec mancipi 145, — — Tradition derselben 146, 495 [28], — minorum 325, 630, — mobiles und immobiles 147, — nullius 143, — omnium communes 145, — principales 150, 334, — publicae 144 — pupillorum 325, 630, — quae magis imperii sunt, quam iurisdictionis 206, — quae usu consumuntur vel minuntur vel non 148, 498 [7a], — quotidianae 48, — religiosae 144, — sacrae 144, — sanctae 144, — simplex 149, — unitae 149, — universitatum 149, 164, — uxoria 575, — vi possessae 322.
Rescissibilität d. Rechtsgeschäfte 180.
Rescission der Testamente 709 ff.
Rescripta 26.
Reservation 201.
Resolutiv-Bedingungen s. Bedingung, — Resolutivbedingungen bei dinglichen Rechten 176, 310 f., — bei Erbeinsetzungen 651, 690 — bei Obligationen 170.
Resolutio ex tunc und ex nunc 310 ff.
Respectus parentelae 557.
Respondentes 30.
Responsa prudentium 30.
Respensio Celsina 51.
Restitutio s. in integrum restitutio, — dotis 583 ff., — famae 128, — eines Universalfideicommisses 759, 761.

Retentio 204, — der dos 587, — der Pfänder 402, — *Gordiana ob chirographariam obligationem* 402.
Retentionsrecht 204, — wegen Impensen 151, — kaufmännisches 402 [18], — bei der Restitution der dos 588.
Retraction der erfüllten Bedingungen 170, — des Eigenthums 310 ff.
Retractrecht (*Retractus*) 380 f.
Retractus feudalis, gentilicius, ex iure condominii, — —congrui, incolatus s. *metrocomiae, vicinitatis* 380 f.
Reugeld s. arrha.
Revision 277.
Revocable dingliche Rechte 310 ff.
Revocatio in duplum 254, 277, — in patriam potestatem propter ingratitudinem 610, — der Schenkungen 187, — in servitutem 98.
Rhodisches Seegesetz 501 f.
Richter als Rechtskenner 36, — bestochener 278, — Vergehen dess. 529.
Ritschl 4 ff.
Rivier 78.
Rogatio legis 24, — an den populus bei der Arrogation 602.
Roma communis patria 134, 214.
Röm. Recht. heutige Anwendung dess. 70 ff., — Bedeutung dess. 1, — im Mittelalter 68, — Perioden der Geschichte dess. 3, — Reception dess. 70, — wissenschaftliche Behandlung dess. 3, 45 ff., 68 f, 73 ff.
Rosshirt 76.
Roth 77.
Rudorff 16, 76, 78.
Rückanwendung neuer Gesetze 40 f.
Rückbürge 431.
Rückfall des Eigenthums 301, — des Dotaleigenthums 589.
Rückziehung der Bedingung 170, — des Eigenthums 310 ff.
Rufus, Publ. Rut. 46.
Rufus, Servius Sulpic. 46.
Ruhende Verjährung 2.9. 329.
Rustici 130, 165, 680. 687.
Rutilius Maximus 56.

Sabbatius 62.
Sabinus, Cael. 42, 50.
Sabinus, Mass. 48 ff.
Sache s. res.
Sachmiethe 497 ff.
Sachverständige 267.
Sacra 564, 570, — gentilicia 89.
Sacramentum 241, 261.
Salvii Juliani edictum s. Julianus.
Sanctio legis 18.
Satio 336.
Satisdatio 203, 253, 259.
Saturninus, Claudius 49, 53.
Savigny 75.
Scaevola, Publ. Muc. 46.
Scaevola, Quint. Cervidius 9, 54.
Scaevola, Quint. Mucius. 46, 716.
Schadensersatz 443 ff. s. Entschädigung.
Schalttag 194.
Schatz 317.
Schätzungseid s. iuramentum in litem.
Schätzungszeit 227.
Schaufelschlage 309.
Schauspieler 126.
Scheidemünze 440.
Scheidung s. Ehescheidung, — von Tisch und Bett 595.
Scheingeschäfte 167.
Schenkung s. donatio inter vivos und mortis causa, — unter Ehegatten 572.
Schenkungsinstrumente 5.
Schenkversprechen 186 f., 572.
Scheurl 77.
Schiedsrichter 535.
Schiffer s. nauta.
Schiffswurf 501.
Schisma als Grund ruhender Verjährung gegen Klagen der römischen Kirche 241.
Schlüsselgewalt 574.
Schmerzensgeld 516 [10].
Schmid 76.
Scholiasten 11.
Schreibfehler 191 [12], — im Testamente 690.
Schreibunkundige 678.
Schriftlichkeit des Prozesses 260, — der Verträge 168, 478, 479 ff.
Schuld s. culpa.
Schulden, Erlöschen ders. durch capitis diminutio minima 91 f., 614.
Schulderneuerung oder — umwandlung 542.
Schuldschein 265, 479 ff.
Schule s. Rechtsschule.
Schulte 35, 551.
Schulting, 10, 74.
Schutz der Rechte 200.
Schwägerschaft 137.
Schwangerschaft 596, 731 f.
Schwebezustand bei Bedingungen 176 f., — beim Eigenthum 310 ff., — bei der Erbschaft 716, — beim Legat 716.
Schwertmagen 647.
Schwieger-Verwandtschaft 137, 561.
Sclaven, Successionsfähigkeit derselb. 94, 681, — Testirungsfähigkeit ders. 681.
Sclaverei, Begriff und Wesen 93, — Beendigung 99, — Entstehung 96.
Scribere als Thätigkeit der röm. Juristen 30, — im Testamente 690 ff.

Scribentes 73.
Scriptores rei agrariae 10, — historiae Augustae 11, — historiae Byzantinae 11, — linguae latinae 11, — rei rusticae 10.
Scriptura 336.
Sectio bonorum 124, 314.
Secundae nuptiae 598.
Selbsthülfe 203.
Selbstschuldner 430, 434[25].
Selbstständige Persönlichkeit 89.
Selbstvertheidigung 242, 253.
Semel heres semper heres 651.
Senat 24 f., 21, 22.
Senate des Centumviralgerichts 210.
Senatus Consulta 24.
SCtum Apronianum 744, — Articuleianum, Dasumianum, Rubrianum, Iuncianum 167, — Calvisianum 555, — Claudianum 98, — de Bacchanalibus 7, — de imperio Vespasiani 7, — Hadrianum oder *Iuventianum* 323, 727, — Hosidianum 306, — Libonianum 678, — Macedonianum 483, — Memmianum 555, — Neronianum 740, — Orphitianum 668, — Pegasianum 759, — Pegaso et Pusione conss. 106, — Persicianum 555, — Plancianum 596, — Sabinianum 614, — Silanianum 99, 733, — Tertullianum 668, — unter Tiberius 555, — Trebellianum 759, — Velleianum 437, — Vitrianum 107.
Senectus 555.
Sentenz 258, 260, 272 ff.
Separata oeconomia 619.
Separatio bonorum 449, 721, — *ex iure hypothecario* 449, — fructuum 333.
Separatisten ex iure crediti 449, — *ex iure dominii* 449.
Sequester, 203, 290.
Sequestration 203.
Servi 93, — optio 161.
Servitus s. auch Sclaverei, — acquisita 358, 385 — altius tollendi 354, — altius non tollendi 354, — — aquae, aquae ductus, aquae haustus 353, — constituta (ex conventione debita) 358, — continua, discontinua 352, — fluminis 354, — fructus sine usu 355, — in faciendo consistere nequit 349, — iure constituta 358, 385, — itineris 352, — immittendi fluminis 354, — luminum 354, — ne luminibus officiatur 354, — ne prospectui officiatur 354, — officiendi luminibus 354, — oneris ferendi 354, — pascendi 353, — pecoris ad aquam adpellendi 353, — proiiciendi und protegendi 353, prospectus 354, — servitutis esse non potest 350, — stillicidii avertendi 354, — tuitione praetoris constituta 359, — usus 357, — ususfructus 355, — viae 352, — — flumine interveniente 353, [10] — vorbehaltene 358.
Servitutes *affirmativae* 349, — Arten 349 ff., — Begriff und allgemeine Principien 349, — *continuae, discontinuae* 352, — Entstehung 358, — Erlöschung derselben 365, Errichtung ders. 358, — *faciendi* 351, — *habendi* f., — *legales* 305, — *negativae* 349, — *personales* s. personarum 349, — personarum *regulares* und *irregulares* 354, — praediorum rusticorum 352, — praediorum 319, — *prohibendi* 354, — *reales* s. *rerum* s. praediorum s. in rem constitutae 349 f., — Rechtsmittel wegen ders. 362, — *rusticae* 351 f., — Untheilbarkeit ders. 350, — *urbanae* 351, 353, — Verjährung ders. 360, 366, — Verpfändung derselben 385.
Servius Sulp. Rufus 46.
Servus 93, — Caesaris s. publicus 113, poenae 98, 113.
Seuffert 76, 79.
Sextus Aelius Paetus 45, 58.
Sextus Caecilius 49.
Sextus Papirius 44, 45, 57. — Pedius 51.
Sicherung der Rechte 201.
Siegel bei Testamenten, signatio testamenti 676, 678.
Simulation s. Wille.
Sintenis 76.
Smolders 3, 78.
Societas 502, — Beendigung ders. 503, — Begriff und Erfordernisse ders. 502, — leonina 502, — Nebenverträge ders. 503, — omnium bonorum 503, — quaestuaria 502, — simplex 502, — sortis 502, — usus 503.
Societates aurifodanorum 141, — publicae s. universitates 139, — publicanorum 141, — voluntariae 502.
Socii, Verbindlichkeiten ders. 503, — Verhältniss ders. zu Dritten 503.
Socini 73, 701.
Socius liberalitatis imperialis 736.
Solarium 373.
Soldaten-Abschiede 5.
Solidarische Verbindlichkeit 415.
Solutio 537, — indebiti 434.
Solutionis causa adjectus 472.
Sondergut 575.
Sondernachfolge 158.

Sors, caput 153.
Spadones 557.
Spangenberg 4.
Spatium deliberandi 720 f.
Specialität des Pfandrechts 397.
Specificatio 318.
Spes. s. emtio spei.
Spielverträge 465.
Spillmagen 647.
Spolium, Spolienklage 347.
Sponsalia 561, — *de futuro, de praesenti* 565, — Competenz 595, 674, 677.
Sponsionsverfahren 257, 261, 390.
Sprache des Testamentes 674, 677.
Spurii 135.
Staatsämter, juristische Persönlichkeit ders. 141.
Staatshoheitsrechte 383 a. E.
Stabularii 128, 534 f.
Stadtrecht von Malaca, Osuna, Salpensa 7.
Städel'sches Testament 634.
Städte 123, 141.
Stammgut 758, 380, 381.
Stand, Standesverhältnisse 130.
Statu liber 113.
Status 92, — bestrittener 731, — civitatis 92, 123, — familiae 88 ff., — Klagen 223, 602, — libertatis 92.
Statusrechte 80.
Statuti 219.
Stellionat 517.
Stellvertretung beim Abchluss von Rechtsgeschäften 170, — beim Abschluss von Verträgen 467 ff., 173 [13], — im Besitz 296 f., — im Eigenthumserwerb 172, — der Parteien im Processe 217.
Steuerquittungen 266.
Stichsätze aus den Quellen 801—811.
Stief-Verwandtschaft 137, 561.
Stiftung 142, 684, — Genehmigung der Staatsgewalt zu ihrer Begründung 142.
Stillicidium 354.
Stillschweigen als Zeichen der Einwilligung 167.
Stips, stipula 478 [5].
Stipulatio oder stipulatus 478, 202, — Aquiliana 479, 54, — duplae 495 f., — ex operis novi nuntiatione 525.
Stipulationes communes, iudiciales, praetoriae 202 — partis et pro parte de lucro et damno communicando 758.
Stölzel 551, 601.
Strafgeding 466.
Strafen 124, 125 ff., 188, 205, 234, ff., — der Ehescheidung 584 ff., — des verletzten Trauerjahres 596 ff., — der zweiten Ehe 598 ff.
Strafzinsen 153.
Stryk 74.
Studienordnung 64.
Studiosi iuris 64, 504 [3].
Stückzahlung 441.
Stufen der Persönlichkeit 92 ff.
Stundung erzwungene 442.
Suasio legis 23.
Subhastatio 493.
Sublocatio 499.
Subnotatio 27.
Subpignus 390.
Subscriptio testium 678, 680.
Subsequens matrimonium 616.
Subsidiarität 235, 238.
Substitutio 692, — beim Mandat 505, — *breviloqua* 695, — duplex 694 f. — fideicommissaria 696, — militaris 695, — pupillaris 693, — *quasi pupillaris s. exemplaris s. Justinianea* 695, — *reciproca* 693, — *tacita* 695, — vulgaris 693.
Successio *ex tunc* 311 f., — *graduum* im ordo unde legitimi 667, — *graduum* im ordo unde liberi 666, — *hypothecaria* 398, — in capita 670, — in das Vermögen eines Verstorbenen 645, 648, — in querelam inofficiosi testamenti 703, — in stirpes 671, 137, — in sui ipsius locum 399 [6], — *ordinum et graduum* 667, 670, 703 [21], — *per universitatem* 158, — *singularis* 158.
Succession der armen Wittwe 672, — der Concubinenkinder 672, — in capita, in stirpes, in lineas 670 — in die Delation s. Transmissionsfälle, — in die Usucapion 325, 329.
Successionsfähigkeit 662, — zu Legaten 663, 744.
Successionsordnung 663, — vor Nov. CXVIII 663, — nach Nov. CXVIII 669.
Successive Delation 660 f., — 663 ff., 718, — Vermächtnisse 757.
Suffragium 491.
Sui heredes 645, 663, 694, 696, 698, 716., — Erwerb der Erbschaft durch dieselben 645, 716.
Summariissimum und *possessorium summarium* 346.
Superficies 372.
Supernumerarii 219.
Superscriptio 678.
Superstites 339.
Surrogatum sapit naturam eius, in cuius locum surrogatum est 150, 728.
Suspecti tutoris postulatio s. remotio 634.
Suspensivbedingung 175.

Synchronistische Methode 3.
Syndicatsklage 277, 529.
Syndicus 139.
Synopsis Basilicorum 68.
Synthrophi instr. donationis 5 [2].
Systeme des Civilrechts 2, 75 ff.

Tabula alimentaria Traiani 5, — Bantina 6, — Heracleensis 7.
Tacitum fideicommissum 687.
Tag 195, 197, s. auch dies.
Tarruntenius Paternus 53.
Taubstummgeborene 679.
Tauschvertrag 490.
Taxatio 247.
Tempus continum 197, — *hostilitatis* 241, 329, — utile 197.
Terentius Clemens 49, 53.
Tertullianus 12, 54.
Testamentarius 678.
Testamenti factio 680 ff., — — *activa* 680, — — — Ungewissheit über dieselbe 681, — — *passiva* 681, — — — der noch nicht Concipirten 683, — factio *passiva* der Testamentszeugen 685.
Testaments-Erbfolge 673, — Eröffnung 713, — executoren 714, — Form 673, — Inhalt 688 ff., — Ungültigkeit 709, — Urkunde, Abfassung ders. 677 ff., — Zeugen 677.
Testamentum 674, — *ad pias causas* 630, — *allographum* 678, — *analphabetae* 678, — *apud acta conditum* 678, — auf dem Lande 680, — calatis comitiis 673, — *coram parocho et duobus testibus* 679, — *correspectivum* 690, — des Dasumius 5, — desertum 710, — destitutum 710, — eines Blinden 679, — eines Schreibunfähigen 678, — eines Soldaten 479, — eines taubstumm Geborenen 479, — gegenseitiges 690, — *holographum* 677, — imperfectum 709, 710, — iniustum 709, — inofficiosum 702, — irritum factum 661, 709, — *iudici oblatum* 679, — militis 679, — mündliches 678, — *mysticum* 678, — nullum 709, — *nuncupativum in scripturam redactum* 678, — öffentliches 678, — — parentum inter liberos 679, — per aes et libram 674 f., — pestis tempore conditum 674, — posterius imperfectum 710, — *principi oblatum* 679, — *privatum* 677, — *privilegiatum* 679, — publicum 678, — *reciprocum* 690, — rescissum 710, — ruptum 710, — ruri conditum 680, — *simultaneum* 690, — zur Zeit ansteckender Krankheiten 674.
Testes s. Zeugen.
Testirunfähigkeit 681.
Testis octavus subscriptor 678, 679, — omni exceptione maior 267.
Thalelaeus 66.
Theil als Gegenstand des Besitzes 292, 299,
Theilbarkeit der Leistung 412, — der Rechte und Sachen 148.
Theillosung 381.
Theilungsklagen 225, 344, 508, 724.
Theodorus 66.
Theodos II., Codex und Novellae Theodosii 59 f.
Theophilus 64, 65 f.
Thesaurus 317.
Thibaut 76.
Thiere, Beschädigung durch dieselben 518, — Halten gefährlicher 519.
Thierjunge, Eig. Erwerb ders. 311.
Thlasiae, thlibiae 557.
Thomasius 75.
Tiberius Coruncanius 30, 45.
Tigna alienis aedibus juncta 309.
Tituli (XXIX) ex corpore Ulpiani 9, 55.
Titulus bei Ersitzung des Eigenthums 313, 319, 327, ist bei Ersitzung der Servituten nicht nöthig 360, — *tit. et modus acquirendi* 261, — pro donato 327, — pro emtore 327, — pro suo 327, — *putativus* 327, — usucapionis 327, — *verus* 327.
Tod 86, — als Endigungsgrund der societas 503, — — des Mandats 506, — — von Obligationen 548, — der Ascendenten und Descendenten in gemeinsamer Lebensgefahr 86, — — des libertus mit seinem Sohne 87.
Todeserklärung 87.
Toga praetexta u. virilis 132.
Traditio 295, 319, — *brevi manu* 295, — *longa manu* 295, — Motive ders. 320 [14], — *symbolica* 295.
Traditionstheorie 295 [2].
Transactio 550.
Transitus dominii legalis 315.
Translatio legatorum 752.
Transmissio der querela inofficiosi 733, — *ex capite infantiae* 733, — — *in integrum restitutionis* 733, — *ex iure patrio* 734, — *ex jure suitatis* 732, — *Justinianea* 734, — *Theodosiana* 734.
Transmissionsfälle 732.
Trauerjahr, Verletzung dess. durch die Frau 596, — nach heut. Recht 561 [51].
Trebatius Testa 47, 742.
Tribonian 62 ff.
Tribuni plebis 22, 124 [3].
Tribus 22.
Tridentinische Eheschliessungsform

565, — — kirchliche Verpflichtung dazu für Katholiken 561[51].
Tripertita 58.
Truggeschäfte s. Scheingeschäfte, — im Concurse 521 ff., — beim Retractsrecht 380.
Tripondius ex asse 722.
Tryphoninus 54.
Tubero, Q. Aelius 47.
Turba 518.
Turbatio sanguinis 597.
Turpis institutio 690, — persona 701.
Turpitudo 128.
Tuscianus 49.
Tutela 620, — *affectata* 627, — Beendigung ders. 633, — Begriff und Wesen ders. 620, — cessicia 639, 640, — dativa 623, 625, — Delationsgründe ders. 621, — divisa und indivisa 629, — Excusationsgründe 627, — fiduciaria 623, 638, — — des extraneus und parens manumissor 623, 633, — legitima 623, 638, — — der Verwandten 620, 623, 639, — parentis 623, 638, — mulierum 638, — testamentaria 621, 638, — imperfecta s. minus plena 622, — Uebernahme ders. 632 f., — Fähigkeit dazu 626, — — Verbindlichkeit dazu 620, 325, — Unterschied derselben von der cura 621, — Verpflichtungen bei der Uebernahme 632, f., — Verwaltung ders. 628 ff., — — Theilung ders. 629.
Tutor aneclogistus s. Rechnungsablegung dess. 632, 635, — Atilianus 635, — cessans 635, — dativus 623, 625, — einseitige Geschäftsführung dess. 621, 629, — falsus 637 f., — fiduciarius 623, — gerens 629, 635 f., — honorarius 629, 637, — Julianus et Titianus 625, — notitiae causa datus 629, 637, — optivus 640, — per quem administratio fieret 629, 635 f., — praetorius s. praetorianus 217, 625, — Rechnungsablegung 632, — suspectus 634, — testamentarius perfectus, imperfectus 622, — Veräusserungen dess. 630.
Tutoris auctoritas 621, 629, — confirmatio ex iure Romano 622, 632, — — ex iure Germanico 632, — optio angusta u. plena 640, — petitio 626.
Tutorium 633.

Ueberfallsrecht 308.
Uebergang der Klagen auf die Erben 237, 263, — der Obligationen auf Andere 424 f., — des Erbrechts kraft väterlicher Gewalt 734.
Ueberhangsrecht 308.
Ueberleben 86.
Ueberschwemmung 335.
Ulpian 9, 54.
Umfang der Gesetze 93, — des Pfandrechts 385, 399.
Umgehung der Gesetze 18.
Unabhängigkeit, privatrechtliche 89.
Unbestimmtheit einer Leistung 230, 412, 472 ff.
Unciae als Bruchtheile des Nachlasses 722, 594[19], — des Zinfusses 153.
Undankbarkeit s. Ingratitudo und Revocatio.
Uneheliche Verwandtschaft 135.
Unfreiwillige Repräsentation 94 f., 116, 171, f., — 468, 476, 567, 603.
Unger 77, 151.
Ungewissheit des Todes 89.
Ungültigkeit der codicilli 742, 745, 752, — der Rechtsgeschäfte 180, — der Testamente 709, — der Vermächtnisse 732.
Unitas actus 676, 677, — loci 677, — temporis 676, 677, — *personae* des Vaters und des Kindes 604 f.
Universalvermächtniss 758, — Erwerbung dess. 760 f., — Rechtsverhältniss dess. 760 f.
Universitas *facti et iuris* 148 f., *personarum* 139, — — Aufhebung derselben 142, — — Vorsteher derselben 139, — — Willens- und Handlungsfähigkeit derselben 139, — *rerum* 149, — — *cohaerentium* 149, — — *distantium* 149.
Unmögliche Bedingungen 174 f., 691.
Unmöglichkeit der Leistungen 492[10].
Unmündige 132, 612, 620, 693.
Unsittliche Bedingungen 174 f., 691.
Unterbrechung der Verjährung 199, 239, 330, — der Usucapion 230.
Unterhändler 468.
Unterschiebung eines Kindes 596.
Unterschlagung 510, 517.
Untheilbarkeit der Leistung 412, 420, der Rechte und der Sachen 148, — der Servituten 350.
Unus casus 338[9].
Unvordenkliche Zeit 199.
Upranda 62.
U. R. = Uti rogas 24.
Urkunden 265, — Edition 529.
Urseius Ferox 50.
Urtheil 272 s. Sentenz.
Usucapio 321, — des ältern Rechts 321, — einer zusammengesetzten Sache 322, — einer Servitut 360, — ex Rutiliana constitutione 325, — *extraordinaria* 232, — libertatis 100 f., — — gegen Privilegien 82,

— — bei Servituten 366, — pro herede 323, — pro suo 327.
Usucapionsbesitz 290, 328.
Usucapionsfähigkeit der Sache 322, 326.
Usucapionszeit 328.
Usufructuar, Rechte und Verbindlichkeiten dess. 355.
Usurae 152, — centesimae 154, — conventionales 153, — indebitae 153, — legales 153, — necessariae 153, — punitoriae 153, — rei iudicatae 155, 273, — semisses 154, — testamentariae 153, — unciariae 153, — voluntariae 153.
Usuraria pravitas s. Zinswucher.
Usureceptio und usurec. ex praediatura 324 f.
Usurpatio civilis 330 ff., — naturalis 330 ff.
Usus 357, — an Waldungen 357, — diuturnus 360, — fori 36, — longaevus 34, — sine fructu 357.
Ususfructus 355, — an Waldungen 357, — des coniux binubus an den lucra nuptialia 599, — *legalis* 361, — legatus 588, — *maritalis* im deutschen Recht 574, 641 19, — nominum 356, — vestimentorum 193, 356.
Usus auctoritas 322.
Uterini 136.
Uxor binuba 599, — in manu 91, 553, 566 ff., — pauper indotata 672.

Vadimonium 202, 253, 471 31, 531 5, — deserere 53.
Väterliche Gewalt 89, 601 ff., — Auflösung ders. 617 ff., – Charakter ders. 601. — Entstehung ders. 609 f., — Ersitzung der Freiheii von ders. 619, — Rechtsmittel aus ders. 602 f
Valens, Aburius 49.
Valens, Mucius 51.
Valerius Severus 51.
Vangerow 76.
Variae lectiones 48.
Varus, Alf. 47.
Varro 11.
Vasall 380.
Vaterlose Kinder 135.
Vaticana fragmenta 60.
Venatores 128.
Venia aetatis 133.
Venter 596, 731.
Venuleius, Quintus 53.
Venuleius Saturninus 53, 55.
Verächtlichkeit 128 f.
Veräusserung 182, 319, — der Dotalgrundstücke 580, 182 3, — der Erbschaft 664, 730, des Erbrechts 664, — des Fideicommissguts 757, — durch den Fiscus 319, 407, 730, — durch den Vormund 630.
Veräusserungsverbot der res litigiosae 263, 310, — Verbote 310, — als Usucapionshinderniss 322.
Verbalcaution 203.
Verbalcontract 477.
Verberare 516 6.
Verbindlichkeit 408, — zur Beweisführung 252, — solidarische 415, — Entstehungsgründe ders. 450, — Erlöschungsgründe ders. 537 ff., — des Erben zur Erfüllung letztwilliger Anordnungen 509.
Verbindung als Eigenthumserwerb 334.
Verbrauchbare Sachen 148.
Verbrechen des Sclaven 102.
Vereine, gesellige und wissenschaftliche 139 a. E., — bei den Römern 141 f.
Verfahren per formulas 243.
Verfügung ad pias causas 680.
Verführung eines Kindes 524, — eines Sclaven 524.
Vergehen als Entstehungsgrund von Obligationen 509, — der Agrimensoren 517, — der Richter 277, 529, — der universitates 138, 446.
Vergeltung geleisteter Dienste 500.
Vergleich 550, — Bruch eines beschworenen 550.
Verhinderung des Erscheinens vor Gericht 519, — des in possessionem missus s. interdictum ne vis fiat ei.
Verjährung s. auch praescriptio, — als Grund des Erwerbes und Verlustes von Rechten 198, 235, 239, 321, 360, 366, 370, 371, 373, 407, 549, 619.
Verjährung acquisitive 198, 321, — — ausserordentliche 238, 332, — — 40jährige für ein Gewohnheitsrecht contra legem 35 5, — — Immemorial- 199, — — ordentliche 198, — Erfordernisse derselben 198, — — — Sachen die ihr entzogen sind 332, 326, — — — Sistirung ders. 240, — — — Unterbrechung ders. 240, — — — Wirkungen ders. 198, 235, 239, 321, 360, 366, 370, 371, 373, 407, 549, — der Emphyteuse 370, 371, — — bei Reallasten 378 17, — der Servituten 360, — — der Superficies 371, — exstinctive der Einreden 252 f., — exst. der Emphyteuse 371 f., — — der Klagen 338, — — — der rücksichtlich ders. privil. Personen 239, 322, 326, — erlösch. d. Klagen, Unbrechen ders. 339 f., — — — Unterbrechuug durch litis contestatio 239,

330, — — Wirkungen ders. 224, 239, 330, 549, — — Zeit ders. 239, — — der Litispendenz 238, — — der Privilegien 82 f., — — des Prozesses 238, — — der Servituten 360, 366, — — der Superficies 373.
Verjährungszeit 239 f., 321, 325, 328, — der Restitution 282, — der hypothecarischen Klage 406, 407, —
Verkauf des Pfandes 400, — durch Versteigerung 401, 495.
Verkäufer, Verbindlichkeit dess. 493, — Haftung dess. wegen Eviction 495, — — Realservituten 351.
Verlegung eines öffentlichen Weges auf ein Privatgrundstück 518.
Verletzung der Rechte 188, 444, 509, — über die Hälfte s. laesio enormis.
Verlöbniss 561, — zweifaches 126, 563.
Verlorene Sachen 318.
Verlust der Recht 192.
Vermächtnisse s. auch legatum und fideicommissum, — ad pias causas 140, 680, 684, — alternatives 757, — Ausschlagung s. Repudiation, — dinglicher Rechte 753, — einer dos 756, — einer Forderung 755, — einer fremden Sache 753, — einer generell bestimmten Sache 753, — einer Quantität 755, — einer res, cuius commercium non est 744, — einer Servitut 361, 753, — einer Sorte 755, — eines Inbegriffs von Sachen 755, — eines ius in aliena re 753, — Erwerbung ders. 746, — Form der Errichtung ders. 745, — Geschichte ders. 737 ff., — Honorirter ders. 747, — — Rechtsmittel ders. 743, 746, — Objecte ders. 744, — — Veränderung ders. 752, — Onerirter ders. 744, — Subjecte ders. 744, — successive 757, — von von Einkünften 747, — von Forderungsrechten 755, — Wegfall ders. 752.
Vermehrung des Vermögens durch den Vormund 630.
Vermiether, Verbindlichkeiten dess. 498.
Vermischung 336.
Vermögenscuratel 643, — über Verschollene 643.
Vermögensinbegriff 149, 150.
Vermögensrechte 80.
Vermuthung s. praesumtio.
Vernehmungstheorie 457.
Verordnungen 33.
Verpfändung s. Pfandrecht.
Verpfleger eines furiosus 688.
Verpflichtung durch Andere 95, 171, 475, 567, 605, 629, — des dominus 95, 171, 476, — des Kindes 476, 605, — des Vaters 476, 605, — zur Gewährsleistung 186, 427, 494, 579, — der Wirthe, Reisende aufzunehmen 534 [22].
Verpflichtungscheine, kaufmännische 481.
Verschollenheit 87.
Verschollene, curator ders. 88, 643.
Verschuldung 192, 446 f.
Verschwägerung 137.
Verschwender 134, 642.
Versehen des Richters 277, 529.
Versio vulgata 71.
Versprechen an einen Dritten zu leisten 468, — einer fremden Handlung 475, — als Verpflichtungsgrund 459 [8], 481.
Versprechungseid 268, 531.
Versteigerung 493.
Verträge s. a. contractus und pacta, abstracte oder formale 453, — Bestärkungsmittel 466, — Classification ders. 450, — Erfordernisse ders. 450, — Form ders. 451, — Gegenstand ders. 464, — materielle oder individuell charakterisirte 453, — Subjecte ders. s. Handlungsfähigkeit, — über Erbschaften 654, — unter Abwesenden 456, — Wirkungen ders. 455, 463, — — für Dritte 467.
Vertragschliessung durch Bevollmächtigte 173, 467, — durch Nichtbevollmächtigte 507.
Vertragsinteresse 190, — negatives 191 f.
Vertretbare Sachen 147.
Verwalter 505, 643.
Verwaltung der Erbschaft 643, 730 ff., — des peculium *adventicium regulare* 608.
Verwandtschaft 135, — als Successionsgrund 663 ff., — Berechnung ders. 136, — doppelte 136, — eheliche 135, — mehrfache 136, — uneheliche 135.
Verwendungen 151, — des Erbschaftsbesitzers 728.
Verwirkung des Eigenthums 205, 315, — der Forderungen 295, 548, 426 [15], 440 [5], — des Pflichttheilsrechts 701, 702.
Verzicht s. Renunciatio.
Verzug s. mora.
Verzugszinsen 448.
Vestitus 512.
Vetustas 199.
Via 352, — publica 199, 518.
Vicarius praefecti praetorio 213.

Vicesima hereditatum 713.
Vicina praedia 350.
Vi, clam, precario 291, 347.
Vidualitium 591.
Viehtrieb 353.
Viehverstellung 499.
Viehtriftsgerechtigkeit 353.
Vindex 242.
Vindicant, Beweis dess. 341, — Forderung dess. an den Beklagten 263, 338, — im Concurs 449.
Vindicatio caducorum 686 f., — imaginaria s. auch in iure cessio 105, — pignoris 405, — rei 338, — servitutis 362.
Vindiciae 339, — vindicias dicere 339, — sumere 339.
Vindicta 106, 339.
Vinidius Verus 49.
Vinnius 74.
Virgo Vestalis 617.
Vis *absoluta* und *compulsiva* 162, — armata und quotidiana 347.
Vitae turpitudo 128.
Vitalität, kein Erforderniss der Rechtsfähigkeit 85 [3].
Vitium des Besitzes 291, — der Sache 495.
Vivianus 51, 73.
Voet, Joh. 74.
Vogtei 377.
Voigt 15 [8], 77 [30].
Volksrecht 33.
Volkssouverainetät 34.
Volkstribunen 22, 24 [3].
Volljährigkeit 133.
Vollmacht 504, s. auch mandatum.
Vorausklagung s. beneficium und exceptio excussionis.
Voraussetzung 178.
Vorbehalt des Eigenthums oder eines Pfandrechts 532, — von Servituten 358 f.
Vorbehaltenes Gut der Frau 592.
Vorjustinianisches Recht, Sammlungen dess. 8, 57.
Vorkaufsrecht 370, 532.
Vormundschaft s. tutela.
Vorsteher einer universitas 139.
Vorvertrag 453.
Vorweisung 529.
Votum 530.
Vulcinius, Priscus 51.
Vulgo quaesiti 135.

Waare 492.
Wächter 77.
Wahlrecht bei Obligationen 412, — bei Vermächtnissen 754.
Wahnsinn s. furiosus.
Walter 16, 78.
Wandelungsklage 496.
Wandelpön 466.
Warnkönig 77.
Wasserlauf 307.
Wasserleitung 353.
Water, Jo. van de 74.
Wechsel 481.
Wechselseitige Testamente 690.
Wege, öffentliche 199, 513, — — Interdicte zum Schutz ders. 232. 352.
Wegeservituten 352.
Weiber, rechtliche Stellung ders. 131, 165, 566, 638, — im deutschen Recht 640 f.
Were im deutschen Recht 292.
Weiske 76.
Werth 491.
Westenberg 74.
Westgothisches Rechtsbuch für Römer 61.
Wettschlagung 546.
Wettverträge 466.
Wetzell 260.
Widerruf der Ablehnung 462, — der Acceptation 461, — des Mandats 506, — der Offerte 461, — der Privilegien 82, — der Schenkungen 187, — der Testamente 710, — der Vermächtnisse 752.
Widersprüche s. Antinomien.
Wiedereinlösungsrecht d. Pfandschuldners 311 [53], 401.
Wiedereinsetzung d. Grossjährigen 281, — der Minderjährigen 280, 812, 813.
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand s. in integrum restitutio.
Wiederverheirathung 598 ff., — während des Trauerjahres 596 ff., 561 [51].
Wilde Thiere 348, 382.
Wille, Ernstlichkeit dess. 167, — privatrechtliche Herrschaft über denselben 88, 601 ff.
Willensbestimmung bei letztwilligen Verfügungen 689, 715 f.
Willensconcordanz 459.
Willenserklärung 167, — bei letztwill. Verfügungen 684, 689, 715
Willenserklärung, stillschweigende 167, — Irrthum dabei 164.
Willensfähigkeit 162, — bei Testamenten 681, 684.
Willkür eines Dritten bei letztwilligen Verfügungen 689, 715.
Willkürliche Bestandtheile 161.
Windscheid 76.
Wirkung des Besitzes 288, — der

Klagenverjährung 239, 332, 549, — der Restitution 282.
Wirthe, 114, 534, 534 [22].
Wirthschaftsgenossenschaften 139.
Witthum 591.
Wittwe, Erbrecht der armen 672.
Wohlthat s. beneficium.
Wohnort 135, 215.
Würderungseid s. iuramentum in litem.

Zachariae 77, 646.
Zahlung 537, — Beweis ders. 265, 538, — einer Nichtschuld 485, — Gegenstand ders. 439, — in bestimmten Münzsorten 440 [5], — mehrerer Schuldposten 539, — Nachlass ders. 442, — Ort ders. 443, — Subjecte ders. 537 f., — temporäre Suspension ders. 442, — Wirkungen ders. 538, — Zeit ders. 442.
Zase 73, 147.
Zauberkünste beim Schatzsuchen 317.
Zeche 465 [12].
Zehnten 374 a. E., 377.
Zehntgült 379 [22].
Zeichenschrift im Testamente 378 [9].
Zeit s. dies.
Zeit-Abschnitte 195, — Berechnung 197, — Bestimmung 177, 195, — bewegliche, unbewegliche 197, — Eintheilung 195, — der Erbschaftsantretung 718, 720.
Zeitpunkt der ehelichen Geburt 135, — der Erbschaftsvertheilung 671, 711, 721, — des Todes 86 ff.
Zeitschriften, juristische 78.
Zeugen als Beweismittel 267, — classische 267, — bei Codizillen 475, — bei der litis denunciatio 255, — bei der mancipatio 114, — bei Testamenten 677 ff., 604, — bei Verträgen 168, — bei der Zahlung 538.
Zeugnisspflicht 529.
Zeugung, Beweis ders. 135.
Zeugungsfähigkeit 132 [6], — -unfähigkeit 557.
Zimmern 78.
Zinseinschränkung 154.
Zinsen 152, — ihre Berechnung 153 ff., s. auch usurae.
Zinsennehmen über den Betrag des Kapitals 155 [32].
Zinseszinsen 155.
Zinsfuss 153, 155 [32].
Zinslosung 381.
Zinsträger 161.
Zinsverbindlichkeit 153.
Zinswucher 155.
Zolldefraudation 315.
Zollpächter 141, 242, 315, 518.
Zubehör 150.
Zuchtrecht 602.
Zufall s. casus.
Zug- oder Lastthiere 145.
Zukünftige Rechte 394, 492 [8].
Zumpt 16.
Zurechnung des Besitzes 325, 329, 345.
Zuschlag des Pfandes 401, — bei der Versteigerung 493.
Zustände als Quellen von Obligationen 529.
Zuständigkeit s. forum, — in Ehesachen 595.
Zustandsrechte 80.
Zuwachs s. Accrescenzrecht.
Zwang 162 ff., — als Restitutionsgrund 163, 281, — bei letztwilligen Verfügungen 163, 689, — bei Verträgen 163, — zur Eingehung der Ehe 561.
Zwangsenteignung 309.
Zwangsrechte 375 f.
Zwangsverwaltung 203.
Zweck der Klage 219, 227.
Zweckbestimmung s. modus.
Zweckvermögen 138.
Zweite Ehe 598 ff.
Zwischeneigenthümer 176, 312.
Zwischenräume, lichte 134, 642.
Zwischenraum bei Gebäuden 305.
Zwitter 131 [4—5].
Zwölf Tafeln 58.

Anhang.

Sammlung von quellenmässigen Definitionen, Rechtsparömien und sonstigen Stichsätzen.

[Die grossen arabischen Zahlen am Ende der Sätze bezeichnen die Seiten, die kleinen die Noten, wo sich die betreffende Sentenz erwähnt oder besprochen findet, oder die im Falle der Nichterwähnung deren Verständniss erleichtern, das darauf folgende Citat den Quellenfundort resp. einen (gewöhnlich den ersten, sonst den wichtigsten) der im Buche selbst aufgeführten; ein zugesetztes cf. bedeutet, dass die so citirte Quellenstelle nur den Wortlaut der Sentenz veranlasst hat oder eine Anwendung derselben enthält. Mit Rücksicht auf die leichtere Orientirung nach dem Stichwort sind hin und wieder geringe Aenderungen oder Umstellungen der (im Uebrigen buchstäblich genau citirten) Quellenworte vorgenommen. Ein vorgesetztes † bezeichnet Sentenzen der Neueren.]

1. Ab heredis persona obligatio incipere non potest. 470 [27]. Gai. III. 158. Vgl. S. 471 [33—34].
2. Abrogatur legi, quum prorsus tollitur, derogatur legi, quum pars detrahitur. 44. L. 102. D. 50, 16. (cf. Ulp. fragm. pr. §. 3.)
3. Acta simulata veritatis substantiam mutare non possunt. 167 [1]. L. 2. C. 4, 22.
4. Actiones poenales in heredem non solent transire. 509. L. 111. §. 1. D. 50, 17.
5. Actiones post litem contestatam ad et in heredes transeunt. 263. 237. cf. §. 1. i. f. I. 4, 12 und unten nr. 97.
6. Actiones quaedam mixtam causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam. 225 [31—32]. §. 20. I. 4, 6.
7. Actio nihil aliud est, quam ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur. 219. pr. I. 4, 6.
8. † Actioni nondum natae non praescribitur. 199 [3]. cf. l. 7. §. 4. l. 8. §. 4. C. 7, 39.
9. Actor rei forum sequitur. 216 [13]. L. 3. C. 3, 19.
10. Adoptio imitatur naturam. 611 [10]. §. 4. I. 1, 11.
11. † Ad renuntiata non fit regressus. 193.
13. Adversus hostem (= peregrinum) aeterna auctoritas esto. 323 [8]. Cic. de off. I. 12.
13. Affines sunt viri et uxoris cognati. 137 [1]. L. 4. §. 3. D. 38, 10.
14. † Agere non valenti non currit praescriptio. 199 [4]. cf l. 7. §§. 10. 11. D. 41, 1.
15. Agere possumus alieno nomine, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio. 218 [8]. Gai. IV. 82.
16. Agnati sunt cognati a patre per virilem sexum descendentes eiusdem familiae. 135. Ulp. XI. 4.
17. Ante litem contestatam dare debitorem oportet, post litem contestatam condemnari, post condemnationem iudicatum facere. 261 [3]. Gai. IV. 180.
18. Biduum pro uno die habetur. 195 [4]. L. 98. pr. D. 50, 16.
19. Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac ius successionis, et non singulas res demonstrat. 649. L. 208. D. 50, 16.
20. Bonorum possessio aut datur contra tabulas testamenti, aut secundum tabulas, aut intestati, et aut cum re, aut sine re. 660 [37]. 661 [40]. Ulp. XXVIII. 1 und 13.
21. Bonorum possessionibus dandis praetor id agebat, ne quis sine successore moriatur. 658 [19—29]. §. 2. I. 3, 9. cf. u. nr. 283.

22. Bonorum possessionis ius introductum est a praetore emendandi veteris iuris gratia. 658[19—29]. pr. I. 3, 9.
23. Caduca cum suo onere fiunt. 686[18]. 724[33]. Ulp. XVII. 3.
24. Caelibes lege Iulia hereditatem legataque capere vetantur, orbi lege Papia plus quam dimidias partes. 685[1—4]. 555[25—27]. Gai. II. 111.
25. Capitis diminutionis species sunt tres: maxima, media, minima. 90 ff. Ulp. XI. 10. cf. l. 11. D. 4, 5.
26. † Casum sentit dominus. 445. cf. l. 37. l. 51. D. 45, 1.
27. Casus a nullo praestantur. 445. L. 23. D. 50, 17.
28. Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam; venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. 176. 747. L. 213 pr. D. 50, 16.
29. Cessante concursu cessant partes. 651[22]. cf. unten nr. 36.
30. † Cessante ratione legis non cessat lex ipsa. 44. cf. l 20. l. 21. D. 1, 3; l. 85. §. 1. D. 50, 17.
31. Commercium est emendi vendendique invicem ius. 90. Ulp. XIX. 5.
32. Commodum eius esse debet, cuius periculum est. 494[24]. §. 3. I. 3, 23. cf. l. 10. D. 50, 17; l. 13. §. 1. D. 13, 6; l. 22. §. 3. C. 8, 2.
33. Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. 546. L. 1. D. 16, 2.
34. Conditio impossibilis in institutionibus et legatis, nec non fideicommissis et libertatibus, pro non scripta habetur. 174[6]. 691[19]. 110. §. 10. I. 2, 14. cf. l. 3. D. 35, 1.
35. Confessus pro iudicato est. 255. L. 1. D. 42, 2.
36. Coniunctim heredes institui, aut coniunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. 651. 748. L. 80. D. 32.
37. Coniunctio triplici modo intelligitur: aut enim re per se coniunctio contingit, aut re et verbis, aut verbis tantum. 724. L. 142. D. 50, 16.
38. Connubium est uxoris iure ducendae facultas. 90. Ulp. V. 3.
39. Consensu fiunt obligationes in emtionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. 452[18—21]. pr. I. 3, 22.
40. Consilii non fraudulenti nulla obligatio est. 504[2]. L. 47, D. 50, 17.
41. Cretio est certorum dierum spatium, quod datur instituto heredi ad deliberandum, utrum expediat ei adire hereditatem, nec ne. 717[9]. Ulp. XXII. 27.
42. Cui recte solvitur, is etiam novare potest. 545. L. 10. D. 46, 2.
43. Cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat. 43[4]. L. 22. D. 1, 3.
44. Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto. 115. XII tabb. t. VI.
45. Curatores aut legitimi sunt aut honorarii. 641. Ulp. XII. 1.
46. Dediticius testamentum facere non potest, quoniam nullius certae civitatis civis est. 121[56]. Ulp. XX. 14. cf. Ulp. I. 11.
47. De eadem re ne bis sit actio. 261[3]. Quintilian. instit. orator. VII. 6. §. 4; declam. 266. cf. l. 57. D. 50, 17.
48. Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui iusserit. 545. L. 11. pr. D. 46. 2.
49. Depositum est, quod custodiendum alicui datum est. 488[2]. L. 1. pr. D. 16, 3.
50. Dies incertus conditionem in testamento facit. 691. L. 75. D. 35, 1. cf. l. 79. §. 1 eod.; l. 4. l. 13. D. 36, 2; l. 104. §. 6. D. 30; l. 12. §. 1. D. 31.

51. † Dies interpellat pro homine. 447. cf. l. 33. l. 114. l. 135. §. 2. D. 45, 1.
52. † Dies ultimus coeptus pro completo habetur. 197[2]. cf. l. 134. D. 50, 16.
53. Diligens observatio in ordinandis testamentis militibus propter nimiam imperitiam remissa est. 653[29]. Gai. II. 109.
54. Divortium dictum est, quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium. 593. L. 2. pr. D. 24, 2.
55. Dolo facit, quicumque id, quod quaque exceptione elidi potest, petit. 249[4—6]. 250[13—14]. L. 2. §. 5. D. 44, 4.
56. † Dolus culpa peior est. 445.
57. Dolus est pro possessione († fictus possessor). 264[16]. 341[31]. L. 13. l. 157. §. 1. D. 50, 17.
58. Dominium singularum rerum nobis acquiritur mancipatione, traditione, usucapione, in iure cessione, adiudicatione, lege. 313 ff. Ulp. XIX. 2.
59. Donatio inter virum et uxorem non valet, nisi certis ex causis, id est mortis causa, divortii causa, servi manumittendi gratia. 572[27]. Ulp. VII. 1.
60. Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur. 576[9]. Ulp. fragm. VI. 1.
61. Dos aut profecticia dicitur, id est, quam pater mulieris dedit; aut adventicia, id est ea, quae a quovis alio data est; aut recepticia. 576. Ulp. VI. 3. coni. c. 5.
62. Dos quamvis in bonis mariti sit, mulieris tamen est. 579[34]. L. 75. D. 23, 3. Vgl. auch 321[14].
63. † Duc et (= aut) dota. 576[6]. cf. c. 1. X. 5, 16.
64. Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. 252. L. 2. D. 22, 3.
65. Erroris fideiussio nulla est. 436. L. 37. D. 46, 1.
66. † Exceptio de iure tertii non datur. 252. cf. jedoch l. 7. l. 19. D. 44, 1.
67. Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemque deductum est. 248. L. 2. pr. D. 44, 1.
68. Exceptio doli bonae fidei iudiciis inest. 249[8]. L. 21. D. 24, 3.
69. † Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. 43[5]. cf. l. 20. §. 6. D. 28, 1.
70. Exceptiones dilatoriae sunt, quae ad tempus nocent. 250. Gai. IV. 122.
71. Exceptiones peremtoriae sunt, quae perpetuo valent. 250. Gai. IV. 121.
72. Exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios. 252[18]. 435[31]. L. 7. pr. D. 44, 1.
73. Exceptio rei iudicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur. 273. L. 3. l. 7. §. 4. D. 44, 2. cf. l. 11. §. 3. eod.
74. Exheredationes non sunt adiuvandae. 699[19]. L. 19. D. 28, 2.
75. Exheredatus numerum facit ad augendam, partem ad minuendam legitimam. 705[29]. cf. l. 8. §. 8. D. 5, 2.
76. Falsa demonstratione legatum non perimitur. 690[10]. §. 30. I. 2, 20.
77. Falsum nomen, cognomen, praenomen legatarii sive heredis non nocent. 690[10]. §. 29. I. 2, 20. cf. auch l. 72. §. 6. D. 35, 1.
78. Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex vigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis. 740[1a]. Ulp. XXV. 1.
79. Fiscus semper solvendo est. 203.
80. Fur semper moram facere videtur. 447. L. 8. §. 1. l. 20. D. 13, 1.

81. Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. 540. L. 1. §. 3. D. 47, 2.

82. Genus perire non censetur. 446. 543 [23]. cf. l. 42. D. 23, 3.

83. Heredes aut necessarii dicuntur, aut sui et necessarii, aut extranei. 663 [2—4] pr. I. 2, 19.

84. Heredes institui possunt, qui testamenti factionem cum testatore (= † passivam) habent. 681 [9]. Ulp. XXII. 1.

85. Heredes iuxta facultates suas (= hereditatis) condigne satisfaciant. 237 [8]. 548 [83]. 652 [26]. c. 5. X. 5, 17.

86. Heredes plures sine parte scripti in eandem partem concurrunt. 721. 651. §. 6. I. 2, 14. Vgl. oben nr. 36.

87. Heredi a semet ipso inutiliter legatur. 749 [17]. L. 18. l. 116. §. 1. D. 30.

88. Heredis institutio intelligitur veluti caput atque fundamentum totius testamenti. 689 [2]. §. 34. I. 2, 20.

89. Hereditas delata nondum acquisita non transmittitur ad heredes heredis. 732.

90. Hereditas iuris nomen est, quod etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet. 652 [28]. L. 178. §. 1. D. 50, 16. coni. c. l. 50. pr. D. 5, 3.

91. Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuerit. 652. L. 62. D. 50, 17.

92. Hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet. 648 [2]. L. 34. D. 41, 1.

93. Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias ($^{12}/_{12}$), quae assis appellatione continentur. 722. §. 5. I. 2, 14. cf. nr. 95.

94. Hereditas semel data adimi facile non potest. 651 [19a]. L. 1. §. 4. D. 28, 4.

95. Hereditatis partes propria nomina habent ab uncia ($^1/_{12}$) usque ad assem ($1 = ^{12}/_{12}$), ut puta haec: sextans ($^2/_{12} = ^1/_6$), quadrans ($^3/_{12} = ^1/_4$), triens ($^4/_{12} = ^1/_3$), quincunx ($^5/_{12}$), semis ($^6/_{12} = ^1/_2$), septunx ($^7/_{12}$ etc.), bes, dodrans, dextans, deunx. as. 722. §. 5, I. 2, 14. Vgl. oben nr. 93.

96. Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur. 650. L. 22. D. 41, 3.

97. Heres in poenam non succedit. 526. L. 22. D. 39, 1. cf. l. 111. §. 1. D. 50, 17.

98. Heres quandocunque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur. 651 [19]. L. 54. D. 29, 2.

99. Heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur. 689. L. 4. §. 10. D. 44, 4. cf. l. 1. §. 8. D. 38, 6; l. 11. §. 2. D. 37, 11.

100. † Homo dat, sed fundus debet. 379 [20].

101. Ignorantiam iuris cuique nocere, facti vero ignorantiam [probabilem] non nocere, regula est. 164 [11]. 328. 484 [4]. L. 9. pr. §§. 2. 3. D. 22, 6.

102. Impensae necessariae dotem ipso iure minuere solent. 588 [102]. L. 61. D. 23, 2. cf. l. 21. D. 24, 3.

103. Impensarum species sunt tres: aut enim necessariae dicuntur, aut utiles, aut voluptuosae. 151 [6]. Ulp. VI. 14.

104. Impossibilium nulla est obligatio. 159 [3]. cf. l. 35. pr. l. 97. pr. D. 45, 1.

105. In cauponum est arbitrio, ne quem recipiant. 534 [22]. L. 1. §. 1. D. 4, 9.

106. Incertae personae legatum inutiliter relinquitur. 682 [21]. Gai. II. 238.

107. In contractibus rei veritas potius, quam scriptura perspici debet. 167 [1]. L. 1. C. 4, 22. cf. oben nr. 3.

108. In dubiis benigniora praeferenda sunt. 182 [2]. L. 56. D. 50, 17.

109. In dubiis contra fiscum facile respondendum est. 141[7]. L. 10. D. 49, 14.
110. In furtiva re soli domino condictio competit. 486[14]. L. 1. D, 13, 1.
111. Ingenuus est is, qui statim, ut natus est, liber est. 112. pr. I. 1, 4.
112. In homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest. 242[7]. 516[9]. L. 1. §. 5. D. 9, 3. cf. l. 5. §. 5. i. f. eod.
113. In iure cessio communis alienatio est et mancipi rerum et nec mancipi. 314[13]. Ulp. XIX. 9.
114. In lege Aquilia et levissima culpa venit. 190[8]. L. 44. D. 9, 2.
115. In legitimis hereditatibus successio non est. 664[7]. Ulp. XXVI. 5.
116. In operis novi nuntiatione possessorem adversarium facimus. 526. L. 1. §. 6. l. 5. §. 10. D. 39, 1.
117. In ore duorum vel trium testium stat omne verbum. 267. c. 4. c. 23 X. 2, 20.
118. In pari causa melior est conditio possidentis. 194. 343[40]. cf. l. 19. D. 42, 1.
119. In pari turpitudine possessor potior habetur. 249.
120. Interdicta aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria. 232[77]. §. 1. I. 4, 15.
121. Interdicta formae atque conceptiones verborum erant, quibus praetor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat. 231. pr. I. 2, 15.
122. Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt. 389[9]. L. 5. §. 1. D. 20, 1.
123. In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur. 684. 690[9]. 691[18]. L. 12. D. 50, 17. cf. l. 12. §. 2. D. 7, 8; l. 13. pr. D. 28, 2.
124. Intestatorum hereditates lege duodecim tabularum primum ad suos heredes pertinent. 663[2]. Collat. XVI. 2. §. 1.
125. In usucapionibus iuris error nunquam possessori prodest. 328. L. 31. pr. D. 41, 3.
126. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur. 34[2]. L. 32. §. 1. D. 1, 3.
127. Invitus agere vel accusare nemo cogitur. L. un. C. 3, 7. cf. l. 156. pr. D. 50, 17.
128. Ipso iure compensatur. 546[65]. L. 4. l. 10. pr. l. 21. D. 16, 2.
129. † Iura novit curia. 36. cf. l. 11. C. 3, 1; pr. I. 4, 5; l. 6. D. 50, 13.
130. Iura praediorum urbanorum pignori dari non possunt. 385[12]. L. 11. §. 3. D. 20, 1.
131. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. 14. L. 10. §. 1. D. 1, 1.
132. Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia. 13. L. 10. §. 2. D. 1, 1.
133. Ius civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentum venit. 19[1]. L. 7. pr. D. 1, 1.
134. Ius civile vocatur, quod quisque populus ipse sibi constituit. 14[2]. §. 1. I. 1, 2.
135. Ius est ars boni et aequi. 13. L. 1. pr. D. 1, 1.
136. Ius gentium est, quod apud omnes populos, qui legibus moribusque reguntur, peraeque custoditur. 14. L. 9. D. 1, 1. coni. c. §. 1. I. 1, 2.
137. Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit. 14[5]. L. 1. §. 3. D. 1, 1.
138. Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia. 28[3]. L. 7. §. 1. D. 1, 1.
139. Ius privatum est, quod ad singulorum utilitatem spectat. 16. L. 1. §. 2. D. 1, 1.

140. Ius publicum est, quod ad statum rei Romanae spectat. 16. L. 1. §. 2. D. 1, 1.
141. Ius publicum privatorum pactis mutari non potest. 17 [1]. L. 38. D. 2, 14.
142. Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt. 189 [5]. L. 213. §. 2. D. 50, 16.
143. Latini ius Quiritium consequuntur his modis: beneficio principali, liberis, iteratione, militia, nave, aedificio, pistrino. 120 f. 813. Ulp. III. 1.
144. Latini sunt liberti, qui non legitime manumissi sunt. 118 [40]. Ulp. I. 10.
145. Latium ius aut maius dicitur, aut minus. 119 [42]. Gai. I. 95.
146. Legatorum genera sunt quattuor: aut enim per vindicationem legamus, aut per dammnationem, aut sinendi modo, aut per praeceptionem. 738 [9]. Gai. II. 192.
147. Legatum est delibatio, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit 737 [1]. L. 116. pr. D. 30.
148. Legatum est, quod legis modo, id est imperative testamento relinquitur. 737 [1]. Ulp. XXIV. 1. cf. §. 1. I. 2, 20.
149. Lex est, quod populus Romanus senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat. 19 [1]. §. 4. I. 1, 2.
150. † Lex interpellat pro homine (= † mora fit ex re). 447. cf. l. 23. §. 1. D. 22, 1; l. 2. D. 22, 2.
151. Lex perfecta est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, rescindit. 18 [1]. Ulp. pr. §. 1. (Vgl. über 18 [2–3]: Ulp. pr. §§. 1—2.)
152. Lex posterior derogat legi priori. 44. cf. l. 4. D. 1, 4.
153. † Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali. 44. cf. l. 80. D. 50, 17; c. 1 in VIto 1, 2.
154. Libertini sunt, qui ex iusta servitute manumissi sunt. 112. pr. I. 1, 5.
155. † Liquidi cum illiquido nulla est compensatio. 546 [64]. cf. l. ult. C. 4, 31.
156. Lis contestata est post narrationem propositam et contradictionem obiectam. 262 [4]. L. 14. §. 1. C. 3, 1.
157. Lis infitiando crescit (in duplum). 242 [9]. 275 [2]. §. 7. I. 3, 27. cf. l. 4. C. 4, 5.
158. Lite pendente nihil debet innovari. 263 [15]. cf. c. 3. c. 4. X. 2, 16.
159. † Locus regit actum. 40.
160. † Malitia supplet aetatem. 281 [7].
161. Mancipatio est imaginaria quaedam venditio adhibitis quinque testibus civibus Romanis et alio, qui appellatur libripens. 114. Gai. I. 119.
162. Mandatum originem ex officio atque amicitia trahit. 506 [11]. L. 1. §. 4. D. 17, 1.
163. Mater semper certa, pater vero is est, quem nuptiae demonstrant. 135 [1]. 265 [2]. L. 5. D. 2, 4.
164. Metus praesens et non vani hominis esse debet, et timor maioris malitatis. 163 f. L. 9. coni. c. l. 6. l. 5. D. 4, 2.
165. Minima non curat praetor. 280.
166. Minoribus ius ignorare permissum est. 165. 280. L. 9 pr. D. 22, 6.
167. Mortis causa capitur, quidquid propter alicuius mortem obvenit et non cadit in speciem donationis. 764 [1]. L. 8. pr. l. 38. pr. D. 39, 6.
168. Mortis causa donatio est, cum magis quis habere se vult, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum. 762. L. 1 pr. D. 39, 6. cf. l. 2—6. l. 35. §. 4. D. eod.
169. Mortis causa donatio est, quae impendentis metu mortis fit. 762 [1]. Paul. sent. rec. II. 23. §. 1.

170. † Mortuus saisit vivum. 648 [6].

171. Mulier familiae suae et caput et finis est. 90 [4]. L. 195. §. 5. D. 50, 16.

172. Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus. 482 [4]. L. 2. pr. D. 12, 1.

173. Nasciturus pro iam nato habetur, quoties de commodis ipsius quaeritur. 85 [8]. cf. l. 7. D. 1, 5.

174. Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest. 171 [4]. L. 73. §. 4. D. 50, 17.

175. Nemo alieno nomine lege agere potest. 217 [2]. 386 [4]. L. 123. pr. D. 50, 17.

176. Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest. 281. cf. l. 206. D. 50, 17.

177. Nemo [in paganis] ex parte testatus, ex parte intestatus decedere potest. 655 [5]. 675 [8]. §. 5. I. 2, 14; l. 7. D. 50, 17.

178. Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet. 158 [3]. L. 54. D. 50, 17.

179. Nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversae sint. 252 [22]. L. 8. D. 44, 1.

180. Nemo rem suam condicere potest; rem meam vindico. 484 [3]. cf. l. 3. C. 3, 32.

181. Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest. 299 [7]. L. 3. §. 19. D. 41, 2.

182. Nexum est, quodcunque per aes et libram geritur. 115 [13]. Festus s. v. nexum.

183. Nihil dolo creditor facit, qui suum recipit. 522 [39—40]. L. 129. pr. D. 50, 17.

184. Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. 549. L. 112. D. 50, 17.

185. Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. 192 [1]. L. 35. D. 50, 17. cf. l. 100. eod.; l. 80. D 46, 3.

186. Nomen actionis in libello exprimere pars non cogitur. 260. c. 6. X. 2, 1.

187. Nomina ipso iure in portiones hereditarias divisa sunt. 724 [33a]. XII tabb. t. V.

188. Non calumniae causa infitias ire. 276. Gai. IV. 172.

189. Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio. 543 [46]. L. 1. D. 46, 2.

190. Novatur iudicati actione prior contractus. 543 [48]. L. 3. C. 7, 54.

191. Noxalis actio caput sequitur. 96 [22]. §. 5. I. 4, 8.

192. Nulli res sua servit. 350 [4]. L. 26. D. 8, 2.

193. Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio 551 [1a]. L. 1. D. 23, 2.

194. Nuptias non concubitus, sed consensus facit. 564 [2]. L. 30. D. 50, 17.

195. Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura. 409 [3]. pr. I. 3, 13.

196. Obligatio naturalis remanet propter pignus. 549 [96]. L. 59. pr. D. 36, 1.

197. Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut ex variis causarum figuris (= quasi ex contractu et quasi ex maleficio). 450 [1]. L. 1. pr. D. 44, 7. cf. §. 2. I. 3, 13.

198. Obligationes ex contractu aut re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu. 451 [6—12]. 452 [18—21]. §. 2. I. i. f. 3, 13.

199. Obligationum substantia in eo consistit, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum. 409 [3]. L. 3. pr. D. 44, 7.
200. Occupantis melior est conditio. L. 3. D. 14, 5.; l. 32. D. 3, 3. Vgl. nr. 224.
201. Omne ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. 52 [44]. 809. Gai. I. 8.
202. Omne, quod inaedificatur, solo cedit. 336 [10]. L. 7. §. 10. D. 41, 1. cf. l. 7. §§. 12. 13. l. 9. eod. Gai. II. 73.
203. Omnia iudicia absolutoria sunt. 262 [8]. §. 2. I. 4, 12. cf. Gai. IV. 114.
204. Operae non venduntur, sed locantur. 493.
205. Operis novi nuntiatio in rem fit, non in personam. 525. L. 10. D. 39, 1; cf. l. 23. eod.
206. † Pacta sunt servanda. 451, 453, 458, 536.
207. Pactio est duorum pluriumve in idem placitum consensus. 160. 450 [4]. L. 1. §. 2. D. 2, 14; l. 3. pr. D. 50, 12.
208. Pactionem obscuram et ambignam iis nocere placet, in quorum fuit potestate, legem apertius conscribere. 182 [3]. L. 39. D. 2, 14.
209. Partis appellatione res pro indiviso significatur: nam quod pro diviso nostrum est, id non ſpars, sed totum est. 148 [3]. 337. L. 25. §. 1. D. 50, 16.
210. Partus ancillae non est in fructu. 336. L. 28. §. 1. D. 22, 1.
211. Partus sequitur matrem. 96 [4]. Ulp. V. 9.
212. Pater familias, uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto. 674. XII tabb. t. V. cf. Ulp. XI. 14.
213. Pignoris causa indivisa est. 384 [6]. L. 65. D. 21, 2. cf. l. 85. §. 6. D. 45, 1.
214. Poenae non solent repeti, quum depensae sunt. 485. L. 42. D. 12, 6; l. 46. D. 50, 17. cf. l. 3. §. 14. D. 43, 5; l. 35. D. 12, 6; l. 1. §. 2. D. 48, 14.
215. † Poena maior absorbet minorem. 445 [7]. cf. l. 34. D. 44, 7; l. 1. D. 47, 7; l. 1. D. 47, 8; l. 88. D. 47, 2; l. 8. C. 9, 35. cf. auch l. 14. D. 48, 2; l. 9. C. 9, 2.
216. Pollicitatio est offerentis solius promissum. 530. L. 3. pr. D. 50, 12.
217. Portio portioni, non personae accrescit. 724. 748. cf. o. nr. 36 u. nr. 29.
218. Possessio per procuratorem et ignorantibus acquiritur. 297 [11]. §. 5. I. 2, 9.
219. Possessio vitiosa adversus extraneos [tantum] prodesse solet. 345. L. 53. D. 41, 2. cf. l. 1. §. 9. D. 43, 17.
220. Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum. 173 [14]. c. 68 in VIto de r. i. 5, 12.
221. Praesens praesenti dat in mortis causa donatione. 762 [2a]. L. 38. D. 39, 6.
222. Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur. 487 [2]. L. 1. pr. D. 43, 26.
223. Princeps legibus solutus est. 38 [5]. L. 31. D. 1, 3. cf. §. 8. i. f. I. 2, 17.
224. † Prior tempore potior iure. 194 [2]. cf. l. 19. D. 42, 1. cf. o. nr. 118 u. 200.
225. Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat. 505 [5]. L. 1. pr. D. 3, 3.
226. Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres. 717 [13]. L. 20. pr. D. 29, 2.
227. Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. 727. L. 11. pr. D. 5, 3.

228. Pro possessore possidet praedo. 727. L. 11. §. 1. — l. 13. §. 1. D. 5, 3.
229. Prout quidque contractum est, ita et solvi debet. 541 26. L. 80. D. 46, 3.
230. Pupilli in his causis, ex quibus mutuae obligationes nascuntur, ipsi non obligantur. 463. 642. pr. I. 1, 21. cf. l. 13. §. 29. D. 19, 1.
231. Quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? 34 2. L. 32. §. 1. D. 1, 3.
232. † Quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia. 70 3.
233. Qui excipit, non fatetur. 252 21. cf. l. 9. D. 44, 1.
234. Qui iure suo utitur, neminem laedit, nemini facit iniuriam. 80. cf. l. 55. D. 50, 17.
235. Qui pro socio, tutelae, mandati, depositi († contractus famosi) suo nomine, non contrario iudicio damnatus erit, infamia notatur. 126 5. L. 1. D. 3, 2.
236. Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto. 128. XII tabb. t. VIII.
237. Qui tacet († ubi loqui debuit et potuit), consentire videtur. 167 2. c. 43. in VIto de r. i. 5, 12.
238. Quod emtionem venditionem recipit, etiam pignorationem recipere potest. 385 9. L. 1. §. 9. D. 20, 1.
239. Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. 181. L. 29. D. 50, 17.
240. Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire. 445 8. L. 203. D. 50, 17.
241. Quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere. 745 8. L. 1. D. 34, 7.
242. Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est. 182 1. L. 67. D. 50, 17. cf. o. nr. 108.
243. Quot sunt generationes, tot gradus. 136. cf. §. 7. I. 3, 6; l. 10. §§. 9. 10. D. 38, 16.
244. Ratihabitio mandato comparatur. 170 7. L. 12. §. 4. D. 46, 3.
245. Reipublicae interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt. 578 16. L. 2. D. 23, 3.
246. Rerum furtivarum aeterna auctoritas esto. 322 6. XII tabb. t. VIII. cf. Gai. II. 45, 49; §. 2. I. 2, 6.
247. Res accessoria sequitur rem principalem. 150. 334. cf. ll. 1—5. D. 33, 8; l. 4. pr. D. 33, 9; l. 178. D. 50, 17.
248. Res connexa († universitas rerum cohaerentium) est, quae ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat. 149 2. L. 30. pr. D. 41, 3.
249. Res consumtibiles sunt, quae usu consumuntur vel minuuntur. 148 1—2. §. 2. I. 2, 4.
250. Res dividuae sunt, quae sine damno dividi possunt. 148 1. L. 26. §. 2. D. 30.
251. Res † fungibiles sunt, quae pondere, numero, mensura consistunt. 147 2. L. 2. §. 1. D. 12, 1.
252. Res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt. 653 32. L. 1. pr. Dr. 1, 8.
253. Res inter alios acta aliis nec prodest, nec nocet. 272. 773. L. 2. C. 7, 56. cf. jedoch l. 1. §. 16. l. 2. l. 3. pr. D. 25, 3; l. 1. §. 4. D. 43, 30.

254. Res iudicata ius facit tantum inter partes. Ibid. und 703 [22a].
255. Res iudicata pro veritate accipitur. 272. L. 207. D. 50, 17.
256. † Resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum. 193. 212. cf. l. 3. §. 3. C. 6, 43; l. 11. §. 1. D. 8, 6; l. 3. D. 20, 6.
257. † Res succedit in locum pretii et pretium in locum rei. 150 [7]. 391 [5]. 728 [5]. cf. l. 20. §. 6. D. 5, 3.
258. Res unita est, quae uno spiritu continetur. 149 [2]. L. 30. pr. D. 41, 3.
259. Retentiones ex dote fiunt aut propter liberos, aut mores, aut impensas, aut res donatas, aut res amotas. 587 [93] ff. Ulp. VI. 9.
260. Reus in exceptione actor est. 252 [20]. L. 1. D. 44, 1.
261. Semel heres semper heres; cf. oben nr. 56.
262. Sequester est, apud quem plures eandem rem, de qua controversia, deposuerunt. 488 [6]. L. 110. D. 50, 16; cf. l. 6. l. 17. pr. D. 16, 3.
263. Servile caput nullum ius habet; ideo nec minui potest. 93. L. 3. §. 1. D. 4, 5.
264. Servilis cognatio nulla est. 93 [3]. Ulp. XII. 3.
265. Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur. 93. §. 2. I. 1, 3.
266. Servitus in faciendo consistere nequit. 349 [3]. cf. l. 15. §. 1. D. 8, 1.
267. Servitus servitutis esse non potest. 350 [5]. L. 1. D. 33, 2.
268. Servitutem locare nemo potest. 350. L. 44. D. 19, 2; cf. l. 24. D. 8, 3.
269. Servitutes dividi non possunt. 350 [3]. Pomp. fragm.
270. Servitutes praediorum perpetuas causas habere debent. 350 [2]. L. 28. D. 8, 2.
271. Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento. 664 [6]. XII tabb. t. V.
272. Si in rem ago non expressa causa, omnes causae una petitione apprehenduntur. 224 f. L. 14. §. 2. D. 44, 2. Vgl. nr. 275.
273. Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto. 664 [5]. XII tabb. t. V.
274. Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto. 613 [22]. XII tabb. t. IV.
275. Si quis postea alia ex causa petat, causa adiecta non debet summoveri exceptione. 224 f. L. 11. §. 2. D. 44, 2. Vgl. nr. 272.
276. Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. 503 [13]. L. 63. §. 10. D. 17, 2; cf. l. 4. §. 1. eod.
277. Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum. 561 [1]. L. 1. D. 23, 1.
278. Statu liber libertatis conditionem secum trahit. 113 [6]. Ulp. II. 3. cf. II. 1.
279. Stipulatione Aquiliana contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, et ea per acceptilationem tollatur. 479 [15]. §. 2. I. 3, 29.
280. Stipulationum aliae iudiciales sunt, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes tam praetoriae quam iudiciales. 202 [6]. pr. I, 3, 18.
281. † Substitutus substituto est substitutus instituto. 693. Vgl. nr. 282.
282. † Substitutus substituto instituto huic quoque censetur qua instituto. 693 [2]. cf. §. 3. I. 2, 15. Vgl. nr. 281.
283. Successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent. 658 [24—27]. L. 1. pr. D. 38, 9.
284. Superficies semper solo cedit. 373. L. 3. §. 7. D. 43, 17. Gai. II. 73.
285. Tabulae non faciunt matrimonium. 565 [8]. L. 31. pr. D. 39, 5.
286. Testamento posteriore superius rumpitur. 710 [8]. §. 2. I. 2, 17.

287. Testamentum pupillare pars et sequela est paterni testamenti. 693[3]. §. 5. I. 2, 16.

288. Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat. 317[6]. L. 31. §. 1. D. 41, 1.

289. Triste est, mortem exspectare coniunctae personae. 716. cf. l. 72. §. 1. D. 35, 1.

290. Tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit. 620. L. 1, D. 26, 1.

291. Tutores aut legitimi sunt, aut senatus consultis constituti, aut moribus introducti. 621 ff. Ulp. XI. 2.

292. Tutor personae, curator rei vel causae datur. 621[4]. L. 12—15. D. 26, 2.

293. † Ubi eadem est legis ratio, ibi eadem legis dispositio. 43. cf. ll. 10—13. l. 27. l. 32. D. 1. 3.

294. Ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet. 624[20]. I. 1, 17.

295. Unde tu illum vi deiecisti, aut familia tua deiecit, de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum, qui vi deiecit, pervenerit, iudicium dabo. 346[61]. L. 1. pr. D. 43, 16.

296. † Unius positio non est alterius exclusio. 43.

297. Universitas († rerum distantium) est, quae ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta sint. 149[2]. L. 30. pr. D. 41, 3. cf. l. 70. §. 3. D. 7, 1.

298. Usucapio constituta est, ut aliquis litium finis esset. 198. L. 5. pr. D. 41, 10. cf. l. 1. D. 41, 3.

299. Usucapio est adiectio (adeptio) dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. 198. 321. L. 3. D. 41, 3. cf. Ulp. XIX. 8.

300. Usurpatio est usucapionis interruptio. 330[56]. L. 2. D. 41, 3.

301. Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto. 322[2]. XII tabb. t. VI. cf. pr. I. 2, 6.

302. Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. 355[3]. L. 1. D. 7, 1.

303. Ususfructus non portioni, sed homini accrescit. 748[15]. L. 14. §. 1. D. 44, 2.

304. Ususfructus quotidie constituitur et legatur, non, ut proprietas, eo solo tempore, quo vindicatur. 748. L. 1. §. 3. D. 7, 2. cf. l. un. D. 7, 3.

305. Utile non debet per inutile vitiari. 180[2]. c. 37. in VIto de r. i. 5, 12. cf. l. 1. §. 5. D. 45, 1.

306. Uti possidetis eas aedes nec vi nec clam nec precario alter ab altero, quominus ita possideatis, vim fieri veto. 233[82]. 345[50]. 364[11]. L. 1. pr. D. 43, 17.

307. Utrubi hic homo maiore parte huiusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto. 233[83]. 345[50]. L. un. pr. D. 43, 31.

308. Vacans pars singulis tacite pro hereditaria parte accedit. 722. §. 7. I. 2, 14.

309. Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsione, quum quid dari fierive nobis stipulamur. 478[5]. pr. I. 3, 15.

310. Vim vi repellere licet. 298[2].

311. Viventis nulla hereditas est. 662. cf. l. 19. D. 29, 2.

312. Volenti non fit iniuria. 515. cf. l. 1. §. 5. D. 47, 10.

313. Voluntate solum, non lege, et verbis expressis novandum est. 543. 545[60]. L. 8. C. 8, 42.

Zusätze und Berichtigungen.

Seite 5 Zeile 22 von oben lies Arndts, Ges. civ. Schriften.

„ 8 am Schluss von nr. 11. ist anzufügen: Einen Abdruck nebst Inhaltsübersicht und Erläuterung der Erztafeln von Osuna gab sodann auch Bruns in der Ztschr. f. Rgsch. Bd. 12. (1875) S. 82 ff. — Ebendaselbst S. 127 ff. berichtete Bruns über eine kleine Inschrift der latinischen Colonie Lucera (über Begräbnissverbot, manus iniectio etc.).

„ 9 Zeile 5 v. u. lies Arndts, Ges. civ. Schriften statt verm. Schrift.

„ 25 „ 6 v. u. lies §. 14. S. 22 statt S. 10.

„ 17 „ 14 v. u. lies: welche auf der ratio iuris, d. h. allgemeinen Gründen beruht;

„ 29 „ 9 v. u. lies: namentlich aus dem im Ganzen sich an das des Edicts anschliessenden System der Pandekten, aus Pauli receptae sententiae und aus Fragmenten der Commentare des Edicts.

„ 32 „ 2 v. u. ist oben an die Spitze der Seite zu setzen.

„ 34 „ 4 v. u. lies: Julian l. 32. §. 1. h. t. sagt.

„ 35 „ 7 v. u. lese man: Nicht auf jene besondere Seite der consuetudo statt eine einzelne Seite etc.

„ 38 „ 4 v. u. lese man: Schmid, Die Herrschaft der Gesetze etc.

„ 38 „ 3 v. u. lese man: Mecklenburg. Landrecht statt Privatrecht.

„ 55 Note 54 füge man bei: Tzschirner, Zum Leben des Julius Paulus, in der Ztschr. f. Rgsch. Bd. 12. (1875) S. 149 ff.

„ 56 Zeile 2 v. u. lese man: Tzschirner statt Tschirner.

„ 62 „ 2 v. u. lese man: Bluhme statt Blume; ebenso S. 63 Z. 2 v. u.

„ 63 „ 4 v. o. lese man: Man benutzte hauptsächlich das System des edictum perpetuum Iuliani und daneben zugleich die Eintheilung der Institutionen des Gaius.

„ 63 „ 2 v. u. nr. 3 lese man: Vgl. l. 1. §. 2. Dig. I. 5; Buch I. tit. 5—7 behandeln das ius quod ad personas pertinet, B. I. tit. 8 das ius quod ad res pertinet, B. I. tit. 9—B. XLVI. das ius quod ad actiones pertinet. Vgl. o. S. 52, Rudorff, Röm. Rgsch. Bd. 1. §. 110. und bes. die gute Uebersicht des Systems der Digesten bei Böcking, Pand. B. 1. Anh. 1. S. * 2—3 der 2. Aufl.

„ 64 „ 1 v. u. füge man an Note 8 an: und die vergleichende Uebersicht im Anhang VI. zu Böcking's Pand. Bd. 1. 2. Aufl. S. * 22 ff., sowie im Anhang zu Böcking's Ausgabe des Gaius und in Gneist's Syntagma institutionum.

„ 64 „ 17 v. u. lese man: 765 Titeln 8a) und dazu setze man als Note an den Fuss der Seite: Den Plan und die Eintheilung des Codex veranschaulicht im Einzelnen Böcking, Pand. Bd. 1. Anhang II. S. * 4—5 der 2. Aufl.

„ 67 „ 10 v. u. bis S. 68 Z. 1—3 v. o. von den Worten: mit Nachträgen bis — ius graeco-romanum p. II. p. V. — ist an den Schluss der Note 3 zu §. 30 auf S. 68 anzufügen.

Seite 71 Zeile 6 v. u. ist an Note 5 anzufügen: Vgl. auch Huschke, Zur Pandektencritik. Leipz. 1875.

„ 71 „ 4 v. u. füge man an Note 6 an: Codex Iustinianus recognovit P. Krüger, Berolin 1874 sq.

„ 77 „ 5 v. u. lese man: Matthiae.

„ 85 „ 13 v. u. lese man: 1863—66. (pars 1—3 deutsch von Fitting etc.

„ 93 „ 21 v. u. lese man: Paul. l. 3. §. 1. i. f. Dig. etc.

„ 95 „ 6 v. u. lese man: 16) Fr. Vat. §. 261; §. 20. Inst. de legat. II. 20.

„ 117 „ 2 v. u. Note 32 lese man: Ulpian X. 1.; Gaius I. 132. 138 sq.

„ 120 „ 7 v. u. lese man: *Nave*, d. h. nach einem Edicte von Claudius dadurch, dass er . . .

„ 120 „ 5 v. u. lese man: *Aedificio*, d. h. wenn er ein Vermögen von 200,000 Sestertien oder mehr hatte und ein Gebäude in Rom errichtete, worauf er die Hälfte seines Vermögens verwandte.

„ 120 „ 1 v. u. Note 52 lese man: Gaius I. 32 b: (Diese Stelle lautet nach der von Studemund auf Grund einer neuen Vergleichung des Gaianischen Palimpsestes gemachten Ergänzung also:) „ . . id est cives Romani, si Romae inter vigiles sex annis militaverint. Postea dicitur factum esse senatus consultum, quo data est illis civitas Romana, si triennium militiae expleverint. Item edicto Claudii Latini ius Quiritium consecuntur, si novem navium aedificaverint, quae non minus quam decem milia medio|*rum frumen*|ti capi|*at*|, eaque navis vel quae in eius locum substituta | *sit, sex* | annis frumentum Romam portaverit. Praeterea*** ut, si Latinus, qui patrimonium sestertium CC milium plurisve habebit, in urbe Roma do|*mum*| aedificaverit, in qua non minus quam partem dimidiam patrimonii sui impenderit, ius Quiritium consequatur. Denique Traianus constituit, ut, si | *Latinus* | in urbe tr|*ien*|nio pistrinum exercuerit, |*in quo in*| dies singulos non minus quam centenos m|*odios*| frumenti |*pi*|nseret, ad ius Quiritium perven|*iret.*|" — Vgl. Ulpian. III. 1; l. 2. pr. l. 139 de V. S. Vielleicht rührt diese Bestimmung von Nero her, der nach dem grossen Brande Belohnungen auf den Wiederaufbau von Gebäuden setzte. (Tac. Annal. XV. 43.) oder von Vespasian, der die leeren Bauplätze verdrängen wollte (Sueton. Vespas. 8). Vgl. Rein, Röm. Privatr. 2. Aufl. S. 595.

„ 121 „ 1 v. o. lese man: *Pistrino*, d. h. nach Anordnung Traian's durch Anlegung einer Mühle oder Bäckerei, worin täglich wenigstens 100 Scheffel Getreide verarbeitet wurden.

„ 125 „ 2 v. u. lese man: Ztschr. f. Rgsch. Bd. 9.

„ 127 „ 19 v. o. lese man: *ius suffragii.*

„ 135 „ 2 v. u. lese man: Dig. XXXVIII. statt XXXIII.

„ 138 „ 21 v. o. lese man: Arndts, Ges. civ. Schriften.

„ 151 „ 2 v. u. Note 6 lese man: Ulp. VI. 14—17.

„ 153 „ 1 v. u. lese man: IV. 34; l. 13. Cod. de usur. IV. 32.

„ 155 „ 4 v. u. Note 33 lese man: ἀνατοκισμός.

„ 160 „ 14 v. o. lese man: *nomen generale* statt verbum generale.

„ 161 „ 4 v. o. lese man: Eigenthümlichkeit.

„ 172 „ 2 v. u. lese man: XLIV. 7. statt LXIV. 7.

„ 173 „ 3 v. u. lese man: S. 70 ff. statt 57 ff.

„ 174 „ 8 v. u. füge man an Note 2 an: Conf. l. 120 eod.

„ 175 „ 5 v. u. lese man: C. un. §. 5. Cod. de cad. toll.

„ 175 „ 2 v. u. lese man: *Enneccerus* u. Z. 1 v. u. füge man bei: Abtheilung 1.

„ 177 „ 1 v. u. lese man: de condict. indeb.

„ 189 „ 18 v. u. lese man: negligentia, desidia.

Seite 189	Zeile 11	v. u.	lese man: schlechtere Behandlung.	
„ 189	„ 6	v. u.	lese man: §. 203 ff. statt 204 ff.	
„ 190	„ 1	v. o.	lese man: Lage angewendet haben würde 7) (culpa † in abstracto).	
„ 193	„ 7	v. o.	lese man: hört zum Verzichte ein . . .	
„ 193	„ 2	v. u.	lese man: römisch-rechtliche.	
„ 195	„ 9	v. u.	füge man an: Hölder, Die Theorie der Zeitberechnung nach röm. Recht. Göttingen 1873.	
„ 197	„ 10	v. u.	desgl.: Hölder's oben §. 97. Note 1 cit. Schrift.	
„ 199	„ 9	v. u.	lese man: l. 8. §. 4. statt l. 18. §. 4.	
„ 199	„ 7	v. u.	lese man: §. 114. nr. II. 10.	
„ 209	„ 8	v. u.	lese man: die Centumviri und Decemviri hatten . . .	
„ 226	„ 4	v. u.	lese man: sol. matr. XXIV. 3.	
„ 231	„ 1	v. u.	lese man: de sent. et interl. VII. 45.	
„ 246	„ 1	v. u.	Note 25 lese man: Gai. IV. 131.	
„ 254	„ 5	v. u.	Note 10 lese man: §. 132. nr. V. VI.	
„ 255	„ 11	v. u.	lese man: derselbe statt dieselbe.	
„ 261	„ 1	v. u.	Note 3 lese man: Gai. III. 180.	
„ 276	„ 10	v. u.	nach den Worten: Urtheils erlangte — füge man als Notenzeichen 1a) hinzu, und am Fusse der Seite füge demgemäss zu §. 132 als Note 1a) hinzu: 1a) Vgl. Mommsen, Röm. Staatsrecht. Bd. 1. Leipzig 1871. S. 209—237; Aug. Eigenbrodt, de magistratuum Romanorum iuribus, quibus pro pari et pro maiore potestate inter se utebantur, imprimis de tribunorum plebis potestate. Lipsiae 1875.	
„ 280	„ 14	v. u.	lese man: Eid des bereits Mündigen.	
„ 281	„ 2	v. o.	ist beizufügen: Ein preussisches Gesetz vom 12. Juli 1875 hob die Restitution wegen Minderjährigkeit auf.	
„ 284	„ 1	v. u.	lese man: Competenzfragen. I. (Programm.)	
„ 286	„ 1	v. u.	füge man an: Meischeider, Besitz und Besitzschutz. 2 Hefte. Berlin 1875.	
„ 300	„ 4	v. u.	an Note 2 ist anzufügen: das sog. literarische und artistische Eigenthum ist erst ein Product der neueren Particular- und deutschen Reichsgesetzgebung. Vgl. insbes. O. Wächter, Das Autorrecht. Stuttgart 1875.	
„ 306	„ 4	v. u.	Note 20 lese man: l. 13. pr. reg.	
„ 309	„ 8	v. u.	lese man: c. 6. 9. 14. 17 Cod. de operibus publicis VIII. 11; O. Bähr und W. Langerhans, Das [preuss.] Gesetz über die Enteignung von Grundeigenthum vom 11. Juni 1874. Berlin 1875; Kletke, Das Expropriationsrecht des preuss. Staats auf Grund des neuesten Gesetzes etc. Berlin 1875.	
„ 314	„ 24	v. u.	lese man: (z. B. einen Sclaven also: hunc etc.	
„ 321	„ 1	v. u.	füge man an: Grueber, Ueber den Einfluss der Eigenthumsklage auf die Ersitzung. München 1875.	
„ 326	„ 12	v. o.	lese man: vollendet gewesen war 28a), und als entsprechende Note füge man am Fusse der Seite ein: 28a) Vgl. Grueber's o. Note [in den Zusätzen] cit. Schrift.	
„ 327	„ 8	v. u.	lese man: l. 2 pr. und §. 15. l. 4 Dig. pro emtore.	
„ 328	„ 6	v. u.	lese man: Schirmer, Die Grundidee der Usuc.	
„ 335	„ 14	v. u.	lese man: L. 7. §. 2. Dig. de acq. rer. dom. XLI. 1.	
„ 336	„ 4	v. u.	lese man: adferruminare.	
„ 341	„ 3	v. u.	lese man: c. 5. §. 7. x. ut lite non cont. II. 6.	
„ 343	„ 7	v. u.	lese man: Schulin statt Schubin.	
„ 349	„ 3	v. u.	an Note 1 ist anzufügen: M. Voigt, Ueber den Bestand und die historische Entwickelung der Servituten und Servitutenklagen während der röm. Republik. (Separatabdruck aus den Berichten der phil. hist. Classe der k. sächsischen Gesellschaft der Wissenschaft 1874.) Leipzig 1875.	

Seite 363 Zeile 9 v. u. lese man: l. 6. §. 2. 5. l. 8 pr. etc.
„ 376 „ 24 v. o. lese man: Th. II. Tit. 11. §. 884.
„ 386 „ 1 v. u. lese man: Bd. 11. S. 52 ff.; vgl. auch bei Bruns Fontes ed. II. p. 131 sq.
„ 412 „ 15 v. u. lese man: von jedem einzelnen eingetrieben wurden.
„ 412 „ 1 v. u. lese man: l. 85. §. 6. statt l. 55.
„ 421 „ 8 v. o. lese man: seines Antheils statt Urtheils.
„ 452 „ 12 v. u. lese man: pacta † praetoria.
„ 452 „ 10 v. u. lese man: pacta † legitima.
„ 467 „ 1 v. u. lese man: Ihering, Die Reflexwirkungen; und daselbst Zeile 16 v. u.: Vergleichende Rechtsstudie.
„ 471 „ 3 v. u. lese man: 33) L. 11. Cod. de contr. stip. VIII. 38.
„ 475 „ 10 v. u. lese man: und §. 2. Inst. quib. mod. obl. toll. III. 29; cf. l. 2. 4. 5. Dig. de transact. II. 15.
„ 479 „ 10 v. u. lese man: Dig. de acceptil. XLVI. 4. u. §. 2. Inst. quib. mod. obl. toll. III. 29; cf. l. 2. l. 4. l. 5. Dig. de transact. II. 15.
„ 492 „ 21 v. u. lese man: N. F. XV. statt h. t. XV.
„ 492 „ 17 v. u. lese man: l. 11. §. 18. i. f. statt l. 10. §. 18.
„ 492 „ 15 v. u. lese man: Bei der ersteren.
„ 496 „ 12 v. u. lese man: Staarblindheit statt Starrblindheit.
„ 496 „ 15 v. u. lese man: Kieschke.
„ 505 „ 6 v. u. lese man: l. 56. §. 3. Dig. h. t. XVII. 1; l. 1. 17. Cod. h. t. IV. 35. und §. 13. . . .
„ 506 „ 8 v. u. lese man: L. 1. §. 4. Dig. h. t. XVII. 1.
„ 516 „ 12 v. u. lese man: ergetzung statt ersetzung.
„ 548 „ 4 v. u. lese man: L. 42. Dig. de iure dot. XXIII. 3.
„ 549 „ 9 v. o. lese man: Paul. l. 112. de R. I. L. 17.
„ 551 „ 2 v. u. lese man: §. 1. Inst. de patr. pot. I. 9.
„ 563 Note 14 füge man an: Vgl. auch Bruns, Fontes iur. Rom. ant. ed. II. p. 233, Note 3.
„ 576 Zeile 8 v. u. lese man: 7) L. 34. Dig. h. t. XXIII. 3; l. 21. pr. Dig. de don. i. v. et ux. XXIV. 1; l. 19. Dig. de O. et A. XLIV. 7.
„ 630 Note 5 v. u. füge man an Note 8 an: Man vgl. darüber jetzt das preussische Gesetz vom 12. Juli 1875, betreffend die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger und die Aufhebung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Minderjährigkeit.
„ 630 zum Schlusse von nr. VII. füge man als Note 10a) hinzu: Vgl. Hecht, Die Mündel- und Stiftungsgelder in deutschen Staaten. Stuttgart 1875.
„ 646 Zeile 9 v. u. füge man hinzu: Auch der Vortrag von Munzinger, Erbrechtliche Studien. Basel 1874. enthält eine anschauliche und leichtfassliche Vergleichung des römischen und germanischen Erbrechts.
„ 654 „ 13 v. o. lese man: Ter. Clem. l. 151. Dig. de V. S. L. 16.
„ 654 „ 20 v. o. lese man: hereditates confirmantur.
„ 657 „ 14 v. u. lese man: 1870, II. Thl. 1873, III. Thl. 1875.
„ 664 „ 4 v. u. lese man: Ulp. XXVI. 5.
„ 675 in der Note 8 und öfter (z. B. S. 113 N. 8; S. 209 N. 1 und 7) lese man überall: Minderloh statt Münderloh.
„ 712 Zeile 21 v. u. lese man: l. 3. pr. de transact. II. 15.
„ 738 „ 4 v. u. lese man: 9) Gai. II. 192—223.

Anmerkung. Wo die im Buche enthaltenen Definitionen und Rechtsparömien in ihrem Wortlaut von den im Parömien-Register S. 801—811 aufgeführten abweichen, wolle man erstere nach letzteren corrigiren; das Gleiche gilt von den zugehörigen Quellencitaten.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Vering, Friedrich Heinrich,

Geschichte und Pandekten des römischen und heutigen gemeinen Privatrechts zum academischen Gebrauch

Mainz 1875

Passau, Staatliche Bibliothek -- S nv/Tg 49(4)
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11347414-0